

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JOÃO MATHEUS DE SOUSA ANDRADE

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR LESÃO A PRINCÍPIOS:  
POSSIBILIDADES PUNITIVAS DO ARTIGO 11 DA LEI N. 8.429/1992 E  
PROPOSTAS AO USO RACIONAL DO SISTEMA**

Florianópolis

2016

JOÃO MATHEUS DE SOUSA ANDRADE

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR LESÃO A PRINCÍPIOS:  
POSSIBILIDADES PUNITIVAS DO ARTIGO 11 DA LEI N. 8.429/1992 E  
PROPOSTAS AO USO RACIONAL DO SISTEMA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina, como requisito à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart  
Cademartori.

Florianópolis

2016


A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

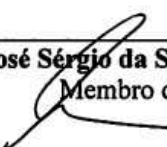
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Improbidade administrativa por lesão a princípios: possibilidades punitivas do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992 e propostas ao uso racional do sistema”, elaborado pelo acadêmico **João Matheus de Sousa Andrade**, defendido em 30/11/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 30 de Novembro de 2016

  
\_\_\_\_\_  
**Luiz Henrique Urquhart Cademartori**  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
**Pedro de Menezes Niebuhr**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**José Sérgio da Silva Cristóvam**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: João Matheus de Sousa Andrade

RG: 5.444.949

CPF:079.299.159.13

Matrícula: 12100118

Título do TCC: Improbidade administrativa por lesão a princípios: possibilidades punitivas do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992 e propostas ao uso racional do sistema

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, João Matheus de Sousa Andrade, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 30 de Novembro de 2016.

Assinatura manuscrita do aluno João Matheus de Sousa Andrade.

---

**João Matheus de Sousa Andrade**

## AGRADECIMENTOS

A frieza do papel pode às vezes frear a força e a sinceridade necessárias ao agradecimento. Por isso, já busquei transmitir às pessoas que me circundam toda a gratidão.

“Nunca se vence uma guerra lutando sozinho”, disse Raul Seixas, de maneira simples e bela. Concluir um curso de direito é uma “guerra” travada sem adversários, além das limitações e dificuldades do graduando, mas com muitos aliados.

Aos docentes que alumiam os caminhos, agradeço. Particularmente em nome da banca, composta pelos Professores Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Pedro de Menezes Niebuhr e José Sérgio da Silva Cristóvam, pela valorosa contribuição e pelos apontamentos realizados no trabalho. Estendo o cumprimento aos demais docentes e aos servidores do Centro de Ciências Jurídicas que, de alguma forma, contribuíram para a formação.

Aos colegas de turma e da UFSC, que compartilharam as dificuldades do aprendizado, o esforço, os estudos e as reflexões. De modo geral, sinto-me lisonjeado por fazer parte de uma turma tão brilhante. Em especial, fica a gratidão aos amigos Anderson Arantes, Eduardo Rauber, Felipe Canan, José Augusto Castro (Guga), Matheus Gosn, Ruan Andrade.

Não poderia deixar de citar os préstimos de todos os membros de poder, advogados, servidores e estagiários que de alguma forma caminharam junto nestes últimos anos, com especial menção à Dra. Celina Rinaldi, que inspira pelo caráter e pelo trabalho, brindando meu processo de aprendizagem com sabedoria, inteligência emocional e honradez.

Não posso deixar de dar ascendência, evidentemente, aos pilares de minha vida.

Aos familiares de Foz do Iguaçu e da Bahia. Tios, primos, avós, amigos que em palavras e em energias edificaram a evolução pessoal e acadêmica. São tantas pessoas queridas que nomear cada uma delas seria inviável e injusto, a um só tempo.

Aos queridos Dé, Virgínia, Sarinha, Tony, Carol e Thomás, que moram em meu coração.

À Ana, minha doce paz, meu amor e meu suporte.

À Iara, mãe, amiga, heroína, humana, amada e admirada.

## RESUMO

O objeto deste trabalho monográfico é a análise das possibilidades e limites à caracterização do ato de improbidade administrativa por ofensa a princípios da Administração Pública, hipótese situada no artigo 11 da Lei 8.429/1992, alcunhada Lei de Improbidade Administrativa. Para atingir essa finalidade, inicialmente se faz necessário compreender o conteúdo jurídico dos princípios da probidade e da moralidade administrativa, que se relacionam aos antecedentes políticos, sociais e legais do que se denomina combate à corrupção pública. Importa, ainda, examinar o fundamento constitucional da tutela da probidade e da moralidade. Tais premissas são examinadas no primeiro capítulo. No segundo capítulo, além dos contornos gerais da Lei de Improbidade Administrativa, são enfocados as sanções (artigo 12), os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º) e aqueles que causam prejuízo material ao erário (artigo 10). Verifica-se que lei instituiu um microssistema autônomo de responsabilização de agentes públicos, sujeitando-os a gravosas sanções, sob o crivo judicial, que contrastam com a excessiva dos tipos. No terceiro capítulo, as espécies do artigo 11 são demonstradas, com o auxílio da bibliografia especializada e da jurisprudência. Revela-se, desse modo, a problemática concernente às supostas lesões a princípios da Administração Pública. Por fim, propõe-se, ainda com esteio na literatura jurídica, a aproximação a princípios do direito penal, no sentido de examinar adequadamente o elemento subjetivo do ato de improbidade, além de compreender e aplicar conceitos e institutos próprios da seara criminal à tutela da improbidade administrativa.

**Palavras-chave:** Improbidade; ofensa a princípios; direito penal.

## ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the possibilities and limits to the characterization of the administrative improbity conduct due to offense to principles of Public Administration, as established in article 11 of the Law 8,429 / 1992, known as Administrative Improbability Law. In order to achieve this purpose, it is initially necessary to understand the legal content of the principles of probity and administrative morality, which relate to the political, social and legal background of what is called the fight against public corruption. It is also necessary to examine the constitutional foundation of the guardianship of probity and morality. These premises are examined in the first chapter. In the second chapter, in addition to the general contours of the Administrative Improbability Law, are focused sanctions (Article 12), improbity conducts that bring illicit enrichment (Article 9) and those that cause material damage to the treasury (Article 10). It is verified that the law instituted an autonomous microsystem of accountability of public agents, subjecting them to heavy penalties, under the judicial control, that contrast with the excessive overture of the types. In the third chapter, the specifications of article 11 are demonstrated, with the aid of specialized bibliography and jurisprudence. Thus, the problem concerning the supposed injuries to principles of Public Administration is revealed. Finally, it is proposed, still in the juridical literature, the approximation to principles of criminal law, in order to properly examine the subjective element of the act of improbity, in addition to understanding and applying concepts and institutes proper to criminal justice to the field of the administrative improbity.

**Keywords:** Improbity, offense to principles, criminal law.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANTECEDENTES POLÍTICOS, HISTÓRICOS E JURÍDICOS. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ....</b>	<b>14</b>
1.1 Moralidade e probidade .....	15
1.2 Fundamentos políticos e sociais. Histórico constitucional e legal de prevenção e combate à improbidade administrativa.....	20
1.3 Fundamento constitucional.....	31
<b>2. TIPOLOGIA NORMATIVA E SEUS ASPECTOS PUNITIVOS: PANORAMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ESPÉCIES DOS ARTIGOS 9º E 10 .</b>	<b>37</b>
<b>2.1 Panorama geral da Lei n. 8.429/1992.....</b>	<b>37</b>
2.1.1 Sujeito ativo e sujeito passivo .....	38
2.1.2 Legitimidade ativa .....	40
2.1.3 Natureza da ação de improbidade.....	40
2.1.4 Medidas preventivas: declaração de bens, afastamento liminar e indisponibilidade de bens.....	41
<b>2.2 Sanções.....</b>	<b>43</b>
2.2.1 Critérios de aplicação .....	44
2.2.2 Sanções em espécie – breves apontamentos .....	49
2.2.3 Prescrição .....	51
<b>2.3 Tipologia dos artigos 9º e 10 .....</b>	<b>53</b>
2.3.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito .....	54
2.3.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário .....	57
<b>3. TIPOLOGIA NORMATIVA E SEUS ASPECTOS PUNITIVOS: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR LESÃO A PRINCÍPIO – TIPOS DO ARTIGO 11 E CASUÍSTICA .....</b>	<b>61</b>

<b>3.1 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública .....</b>	<b>61</b>
3.1.1 Improbidade administrativa do artigo 11, <i>caput</i> .....	64
3.1.2 Improbidade administrativa dos incisos do artigo 11 .....	74
<b>3.2 Casuística.....</b>	<b>78</b>
<b>4. APORTES TEÓRICOS PARA O USO RACIONAL DO SISTEMA: APONTAMENTOS SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO E (RE)APROXIMAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>86</b>
<b>4.1 Elemento subjetivo .....</b>	<b>86</b>
4.1.1 Responsabilidade objetiva ou subjetiva?.....	87
4.1.2 (In)admissibilidade da modalidade culposa nos artigos 9º e 11 .....	91
4.1.3 Dolo genérico <i>versus</i> dolo específico. Dolo eventual <i>versus</i> dolo direto. Idiossincrasias decorrentes da tipificação dos atos de improbidade administrativa. ....	93
<b>4.2 Aproximação ao direito penal – princípios e institutos aplicáveis .....</b>	<b>100</b>
4.2.1 Considerações iniciais. Legalidade e tipicidade – aplicabilidade dos princípios e de institutos correlatos.....	100
4.2.2 Outros princípios e conceitos aplicáveis .....	107
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>116</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ensejou a criação de uma nova via de responsabilização, ao unificar sanções e medidas acautelatórias específicas e submeter ao controle judicial os atores da Administração Pública que cometessem atos de improbidade administrativa. A partir do comando constitucional do artigo 37, parágrafo 4º, foi promulgada a Lei n. 8.429/1992, alcunhada Lei de Improbidade Administrativa. O legislador ordinário instituiu um conjunto próprio de normas repressivas, independente das esferas penal, disciplinar administrativa, cível, eleitoral e de responsabilidade política.

A criação da Lei de Improbidade Administrativa tem por escopo resguardar a probidade e a moralidade na Administração Pública, concretizando, assim, compromissos marcantes do constituinte de 1988. Desse modo, cumpre examinar qual o conteúdo jurídico de tais expressões, bem como seu respectivo fundamento constitucional. Tais são os objetivos do primeiro capítulo.

Pretende-se vislumbrar que probidade e moralidade da administração são conceitos dotados de indeterminação e fluidez, imbricados entre si. Referem-se à incolumidade da administração sob o prisma da ética e ao bom funcionamento da administração.

Paralelamente, importa, diante da constatação de que a proteção a esses princípios não constituiu preocupação inédita no ordenamento, examinar na história as questões sociais e legais relacionadas à probidade e moralidade. Verificar-se-á que esses termos se ligam à prevenção e ao combate à corrupção, termo cujo viés sócio-cultural se objetiva demonstrar. Na perspectiva constitucional e legal do Brasil, será traçado um panorama, desde 1824 até a Constituição de 1988 e legislações atuais, que de alguma forma versam ou versaram sobre o controle e repressão dos agentes públicos, desde a perspectiva penal até a de responsabilidade política. Neste particular, relevante a menção às Leis Pitombo Godói-Ilha e Bilac Pinto, que continham medidas, ilícitos e sanções que baseiam a atual Lei de Improbidade Administrativa. Serão apresentadas as normas que representam um sistema multifacetado de tutela contra a corrupção (em sentido amplo), mediante a previsão de sanções de distintas categorias (cível, administrativa, política e penal).

Não se cogita, portanto, da falta ou insuficiência de instrumentos legais aptos a conferir respostas do ordenamento ao fenômeno *corrupção*. Na verdade, questionar-se-á se os

instrumentos hoje apresentados são, de fato, os mais adequados para o mal que se visa combater, ou se, ao revés, podem eles mesmos representar um mal.

A partir de tais premissas, passa-se, no segundo capítulo, a analisar aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa, sempre enfocando as questões que se aproximam especialmente do tema central – os limites e possibilidades para a caracterização do ato de improbidade administrativa por lesão a princípios da administração pública (artigo 11), tanto na perspectiva da jurisprudência quanto no viés da literatura jurídica especializada. Dessa forma, serão feitas breves considerações acerca do sujeito ativo e passivo do ato de improbidade, da legitimidade ativa, da natureza da ação e das medidas preventivas. Maior atenção se dedicará à apresentação das gravosas penas e medidas da lei, que serão postas em contraste com a excessiva abertura dos tipos. Ainda no segundo capítulo são estudados os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e aqueles que causam prejuízo material ao erário, situados, respectivamente, nos artigos 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992. Dado o caráter de norma de reserva do artigo 11, justifica-se a atenção cuidadosa a alguns desses tipos, notadamente aqueles que padeçam do mesmo problema de abertura semântica. Ainda que não se demonstre o enquadramento de certa conduta nos artigos anteriores, pois não demonstradas as consequências de certo ato de improbidade (enriquecimento do agente público ou prejuízo ao erário), ainda assim poderá existir a responsabilidade por lesão a princípio.

O terceiro capítulo aprofundará o exame do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa. De saída, tentar-se-á demonstrar a visão, de boa parte dos juristas, segundo a qual é vista com reservas a redação confusa e excessivamente aberta das hipóteses de lesão a princípios da Administração Pública, pois a tipificação tem o condão de albergar um sem número de possibilidades punitivas, nem todas pretendidas pela Constituição, algumas, inclusive, em confronto com princípios caros ao Estado Democrático de Direito (segurança jurídica, legalidade e eficiência, por exemplo) que advêm da aplicação banalizada da Lei de Improbidade Administrativa. Sob essa perspectiva restritiva da aplicação da lei, passa-se a enfatizar a análise do *caput* do artigo 11, que tem importância central, seguindo-se aos tipos dos incisos, que gravitam em torno da rumorosa hipótese do *caput*.

Após o panorama da doutrina sobre os problemas fundamentais do artigo 11, pretender-se-á investigar as hipóteses jurisprudenciais mais recorrentes ou ilustrativas do problema, mostrando-se de que forma os tribunais, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, têm avaliado supostas ofensas a princípios da Administração Pública. O exame da

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que também será objeto do capítulo 3 (tópico 3.2), confirmar á o aspecto problemático e confuso da tipificação do artigo 11, tendo em vista as questões ilustradas neste tópico, por exemplo, a caracterização, por tribunais inferiores e até pela corte superior, de atos de improbidade sem que se considerassem os limites traçados pela melhor literatura jurídica.

Também goza de essencialidade, no presente estudo, o elemento subjetivo do ato de improbidade por lesão a princípios. Neste tópico, as idiossincrasias da Lei de Improbidade Administrativa virão novamente à tona, pois nele se estampa tanto a confusão a respeito da natureza jurídica do ato de improbidade, quanto a indefinição acerca do que se deva entender, numa perspectiva histórico-constitucional, por ato de improbidade. Com efeito, nem doutrina nem decisões judiciais mostram clareza e segurança suficientes sobre, a uma, se existe um estado anímico do agente a ser considerado (ou seja, se pode haver responsabilidade objetiva) e, a duas, qual é o estado anímico a ser considerado para perfectibilizar a hipótese do artigo 11 (culpa, dolo genérico, dolo específico).

A partir da verificação do quadro da jurisprudência e da literatura jurídica especializada, duas são as finalidades do trabalho, enunciadas no quarto capítulo. A primeira é propor, sob o enfoque do elemento subjetivo, um juízo de adequação que se mostre necessário e suficiente para configurar o ato de improbidade administrativa, seguindo lições da mais avançada literatura. O outro desígnio principal do presente ensaio é propor a aproximação do microssistema de improbidade administrativa à principiologia que preside a esfera penal, demonstrando princípios e institutos aplicáveis à improbidade administrativa, bem assim em que medida se aplicam. É que, como se tencionará elucidar, a gravidade das sanções e a abertura excessiva e confusa abertura dos tipos recomendam tal aproximação. Tal proposta, ver-se-á, não é, evidentemente, inaugural, já que de certo modo vem sendo apreciada em decisões judiciais e tem o resguardo de ponderados entendimentos doutrinários. Apenas se faz necessária maior reflexão a respeito de certas questões, bem assim a sistematização que conferirá maior racionalidade ao sistema punitivo.

## **1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANTECEDENTES POLÍTICOS, HISTÓRICOS E JURÍDICOS. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.**

A literatura especializada, antes de adentrar ao estudo pormenorizado das normas da Lei n. 8.429/1992, costuma se debruçar, primeiramente, no conteúdo dos princípios da probidade administrativa e moralidade, para, em seguida, dar atenção aos antecedentes históricos e ao fundamento constitucional da referida lei. Pretende-se seguir a mesma senda.

Com o propósito de esclarecer a compreensão dos estreitos limites do presente trabalho, propõe-se um acordo conceitual a respeito dos termos “princípio” e “regra”, não se olvidando da intensa problemática teórica a respeito desses conceitos, pano de fundo do embate neoconstitucionalismo *versus* garantismo jurídico. Com efeito, por princípio, adota-se o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (...)

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (2013, p. 54).

Contudo, não se pode, malgrado a centralidade dos princípios para o ordenamento, pretender sejam eles usados para a construção de tipos punitivos, valendo a ressalva de que “embora seja verdadeira a advertência (...) de que a violação de um princípio é mais grave do que a afronta a uma norma, há um mal estar em se punir severamente alguém pela afronta meramente principiológica” (CAMILO JÚNIOR, 2011, p. 8).

Sobre as regras, diga-se, resumidamente, que são decompostas a partir princípios de determinada área do direito, sendo dotadas de maior especificidade e clareza, em geral. Regras gozam de pretensão de decidibilidade maior e ofertam segurança jurídica ao destinatário em maior grau em relação ao princípio. O compromisso destes é com outro tipo

de valor: é com a funcionalidade sistêmica, embasamento hermenêutico, alcance finalístico (OSÓRIO, 2009, p. 22).

## **1.1 Moralidade e probidade**

A atenção prévia dedicada ao conteúdo jurídico da moralidade e da probidade administrativa se justifica logicamente no fato de que a Lei de improbidade Administrativa foi criada justamente para combater o desrespeito a tais princípios básicos de atuação da Administração Pública. Além disso, a vulneração do princípio da moralidade, da legalidade e do dever de honestidade (apenas para se ater aos três exemplos) são cláusulas gerais de responsabilização por improbidade administrativa, que dão ensejo às mais gravosas sanções, conforme se infere dos artigos 11 e 12 da Lei.

De mais a mais, advirta-se que, neste primeiro estágio, o estudo a respeito dos princípios da moralidade e probidade administrativa será eminentemente descritivo, de modo a expor as principais posições doutrinárias, deixando-se a discussão da problemática em torno do próprio conceito de princípio, bem como questões específicas da aplicação da lei, para momento posterior.

Cumprido, desde logo, sublinhar a dissonância entre o conteúdo léxico e o conteúdo jurídico do termo “improbidade”. À luz do vernáculo, probidade é “qualidade de probo; integridade de caráter; honradez, pundonor”, ou seja, improbidade é “a falta de probidade; mau caráter; desonestidade. Maldade, perversidade”; ainda, ímprobo é aquele “que não tem probidade, desonesto. Árduo, fatigante, exaustivo” (RAMOS, 2010, p. 2).

Juridicamente, ver-se-á que o conceito de improbidade abarca outros sentidos, não estritamente ligados à pura desonestidade.

Com efeito, de plano se diga que a probidade está umbilicalmente ligada ao princípio da moralidade administrativa, este reconhecido como vetor primeiro da atividade da Administração Pública (CF, artigo 37, *caput*) e que tem, como garantias diretas de eficácia, a ação popular (artigo 5º, LXXIII) e a responsabilização por improbidade administrativa decorrente da lesão ao princípio (artigo 11 da Lei n. 8.429/92).

No entanto, existe certa vacilação a respeito de como esta ligação íntima entre os princípios se estabelece: ora a probidade administrativa é identificada como espécie do gênero

moralidade administrativa, mas cuja violação é qualificada por uma resposta especial do ordenamento (FIGUEIREDO, 1995, p. 21; OSÓRIO, 2009, p. 11; SILVA, 2005, p. 668; HARADA, 2000, p. 112); ora se confere à probidade conteúdo mais extenso que o da moralidade, na medida em que a Lei de Improbidade Administrativa aponta a afronta à moralidade administrativa apenas como uma das modalidades de improbidade, bem restrita, havendo, de fato, hipóteses de violação a outros princípios, consoante se infere dos artigos 9 a 11 da lei (NOLASCO, citada por CAMILO JUNIOR, 2011, p. 5; GARCIA, ALVES, 2013, p. 102).

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua moralidade como a obrigação da Administração e de seus agentes de atuarem conforme princípios éticos. O desrespeito à moralidade importa violação ao próprio Direito e configura ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação. Aduz estarem contidos no princípio da moralidade os postulados gerais de lealdade e boa-fé. Averba, igualmente, que a transgressão à moralidade se configura tão somente quando a vulneração de determinada norma de moral social “traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado” (2013, p. 123).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves defendem que a probidade jamais pode ter sua amplitude delimitada pela moralidade, visto ser a primeira de alcance mais largo, absorvendo a segunda. Entendem, com fulcro no comando do artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa, que “todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade” (2013, p. 102).

Indicam que se deve a Hauriou, a partir estudos realizados a respeito da jurisprudência do Conselho de Estado na França, a idealização, estudo e conceituação da moralidade. Do conceito avulta-se a distinção entre a moral comum e a moral jurídica, esta última caracterizada como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (2013, p. 132).

Tal dever de respeito a um substrato normativo que remete à ética administrativa e que não se adstringe à mera legalidade, foi criticado por Waline, visto que, nas palavras de Garcia e Alves:

A violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a sua letra; mas, em verdade, a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei, logo, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Em verdade, a



imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta (2013, p. 134).

Indicado o debate histórico acerca do conceito, os autores passam a apresentar os contornos do princípio. Em resumo, a moralidade engloba os seguintes aspectos: i) é mais ampla que a legalidade, já que uma conduta pode ser conforme a lei, mas cujos caracteres externos dissintam da moralidade, ou seja, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal; ii) veda-se ao agente agir com estrita subjetividade ou ideologicamente, devendo considerar os valores que norteiam o ordenamento; iii) é imperativa a observância ao dever de bem administrar e atuação objetivando a consecução do bem comum; iv) exige respeito a valores que defluem dos direitos fundamentais dos administrados, em especial à dignidade da pessoa humana; v) busca-se transmutar o componente moral que preside a lógica do bom *pater familias* para o “bom administrador”, condensando os valores regentes da atividade estatal em *standards* (padrões de conduta) “que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos”; vi) normalmente se associa, em sua aplicação, a outros princípios e regras mais específicos (impessoalidade, publicidade etc.), o que não arranha a autonomia do princípio (2013, p. 135-139).

Marcello Caetano refere que:

O dever de probidade impõe assim ao funcionário uma conduta de absoluta isenção, de modo a que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou de por outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender (1997, p.750).

Na mesma senda, Wallace Paiva Martins Junior diz que o princípio da moralidade prima pela atenção à finalidade do ato e não pela intenção do agente, valorizando, assim, a ideia de boa administração como meio de alcance dos interesses públicos (fim da atividade), a eficácia e a finalidade legítima dos atos administrativos (2009, p. 56-57).

Mais adiante, aduz estar contida no conteúdo do princípio a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade. Tais deveres presidem tanto a conduta do agente quanto o ato por ele praticado (objeto, motivo e finalidade) (2009, p. 101).

A seguir, o autor vê no princípio da probidade administrativa uma função instrumentalizadora do princípio da moralidade, que possibilita a efetivação prática deste último mediante meios preventivos e repressivos à sua violação (2009, p. 102).

Busca, com base em conceitos doutrinários, diferenciar o conteúdo jurídico dos dois princípios sob estudo, destacando alguns aspectos que derivam do *dever de probidade*: derivam dele regras de conduta, específicas e delimitadas, que, em suma, vedam atos de corrupção e malversação de bens públicos, o mau uso do cargo ou função públicos e atos lesivos ao princípio da impessoalidade e moralidade (2009, p. 109).

Reconhece ser a probidade decorrência da moralidade e informada pelos mesmos valores. Arremata que a observância ao princípio atende:

A honestidade de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, sublinhando valores convergentes à idéia de boa administração, de cumprimento das regras de ética interna da Administração Pública (2009, p. 113).

Juarez Freitas associa o princípio da probidade administrativa ao da moralidade positiva, compreendendo-o mais como especificação deste do que sua qualificação subsidiária, consistindo na proibição, sob pena das sanções da Lei n. 8.429/1992, de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública. Trata-se de uma proteção ao patrimônio moral da Administração Pública, para além da ocorrência de enriquecimento ilícito ou de dano material (1996, p. 70-71).

Waldo Fazzio Junior destaca, a respeito da tentativa de conceituar improbidade administrativa, que "não adianta palmilhar a busca de um conceito preciso nessa matéria. Também não é oportuno importá-lo do regramento legal, porque este é extremamente detalhado e, por isso, capaz de produzir sensíveis confusões exegeticas" (2000, p. 50).

Marcelo Figueiredo, conquanto entenda a relação entre moralidade e probidade como de gênero-espécie, em razão do modo como a matéria é disposta na Constituição Federal (respectivamente, no *caput* e no parágrafo 4º), e que a probidade um peculiar e específico aspecto da moralidade – pois almeja um controle objetivo da moralidade, alerta para “certa dificuldade doutrinária para determinar o real sentido e alcance de cada um desses princípios” (1995, p. 21).

Fábio Medina Osório propõe uma mudança de perspectiva acerca do ato de improbidade: que este deixe de ser reconhecida como espécie de *imoralidade qualificada* e passe a ser vista como uma *ilegalidade qualificada*. A distinção, conquanto sutil, não é infértil ou despropositada. Justifica-se, primeiramente, na medida em que busca afastar do conceito de ato de improbidade elementos de uma moral cívica *privada*, além de não confundir o contorno jurídico necessário à configuração do ato de improbidade com qualquer imoralidade comum. Trata-se da evolução do conceito de Hauriou no direito pátrio, caracterizando-se, nas palavras de Medina, como:

Categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos (2009, p. 9-10).

Ademais, o autor vai além (em contraste com parcela da doutrina), asseverando que não basta uma mera ofensa aos postulados que definem os contornos da moralidade, da probidade administrativa e da boa administração. A improbidade se exige, sim, a vulneração de regras legais e/ou normas constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa em vigor. E, nesse sentido, conclui, o ato ímprobo se perfectibiliza a partir de normas sancionadoras em branco, que sempre demandam integração e complementação por outras normas jurídicas, mas jamais a partir de simples violação a princípios (2009, p. 26).

Como se percebe da suma doutrinária colhida, há, realmente, como bem asseverou Marcelo Figueiredo, certa hesitação em se delimitar o conteúdo e as fronteiras dos princípios da probidade e da moralidade, em razão da densidade de deveres e regras implicados e, sobretudo, da indeterminação e fluidez dos conceitos.

Some-se a isso o fato de haver a Lei n. 8.429/1992, em seu artigo 11, caracterizado como ato de improbidade administrativa, atentatório a princípios da Administração Pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, estabelecendo, em rol exemplificativo, hipóteses mais ou menos específicas, dentre as quais se destaca a do inciso I: praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

Pretende-se, portanto, questionar a possibilidade de se vislumbrar com clareza e segurança uma ação ou omissão que de fato acarrete lesão “pura” a princípios da

Administração Pública. Indaga-se, ainda, a dificuldade em se visualizar ações ou omissões que impliquem violação aos genéricos deveres de imparcialidade, lealdade às instituições, honestidade e, em especial, à honestidade e legalidade, sem que haja o regular enquadramento em outras regras restritivas de direito (proibitiva) contidas do sistema – por exemplo, regras de disciplina do servidor público ou condutas tipificadas em normas penais.

Tem-se em vista, ao se estabelecer o questionamento, que, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, a lesão a tais princípios e deveres é apta a gerar gravosas sanções, inclusive restritivas de direitos fundamentais. Assim, refuta-se, em princípio, a possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa que decorra tão somente de lesão a princípios da Administração Pública, sem que tal lesão seja plasmada em ofensa a determinada regra jurídica repressiva do ordenamento jurídico.

## **1.2 Fundamentos políticos e sociais. Histórico constitucional e legal de prevenção e combate à improbidade administrativa**

Demonstrado, a partir do tópico antecedente, o escopo lógico-jurídico da lei (salvaguarda da moralidade e probidade administrativas), cumpre, a breve termo, examinar o fundamento e os antecedentes da repressão à improbidade (em sentido lato) no campo político e social, para, a seguir, realizar-se apanhado histórico das constituições e da legislação de prevenção e combate à corrupção, também compreendida em sentido amplo.

A propósito, estabeleça-se, a título preliminar, acordo semântico em torno da expressão “corrupção em sentido amplo”: nela está contido tudo o quanto foi dito anteriormente a respeito da “imoralidade” e “improbidade”, excluindo-se as condutas referentes à ineficiência do servidor (desrespeito ao dever de boa administração) e aquelas que lesam o patrimônio público por culpa (grave, em regra), cumprindo asseverar que, de toda a sorte, a tutela da Lei n. 8.429/1992 reconhece tais elementos como atos de improbidade administrativa.

A jovem república brasileira nunca deixou de ter traços que a conectou, desde seu nascedouro até nos correntes dias, ao passado de arbitrariedades, patrimonialismo, clientelismo e coronelismo, em que o mister público e a sociedade são presididos pela lógica de subserviência aos ditos *donos do poder* (MOREIRA NETO, 1992, p. 34).

## Segundo Raimundo Faoro, o patrimonialismo:

Se amolda às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal o mecanismo de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia. (*apud* CAMILO JUNIOR, 2011, p. 2).

Nessa senda, avalia-se que o princípio republicano jamais parece ter deixado seu aspecto formal – conforme ensinava Ruy Barbosa (*apud* SILVA, 2005, p. 105), plasmado na mera coexistência de três poderes autônomos com fundamento constitucional, ou na presença de garantias institucionais como a participação do chefe de estado na feitura de leis ou a imunidade parlamentar (BONAVIDES, 2004, p.535) – e adquirido foros de realidade no seio das instituições, com a legitimidade dos detentores do poder; o atingimento do interesse público e do bem comum; a efetiva consciência de como, por que e para quem exercer o múnus público; a extirpação de males como a confusão entre o domínio público e privado, as trocas de favores.

Algumas das características basilares de qualquer República, no sentido legítimo que se pretende conferir ao termo (isto é, a implementação substancial, ao cotidiano das instituições, dos caracteres eletividade, temporariedade, periodicidade e, em especial, responsabilidade<sup>1</sup>) (BARACHO, 1986, p. 6), parecem jamais ter sido efetivadas no âmbito da Administração Pública – numa visão mais estanque – ou mesmo na cultura brasileira, em ótica mais realista.

Sem a pretensão de se fazer um recorte histórico que remeta infertilmente a longínquos períodos<sup>2</sup>, basta lembrar que a Constituição de 1824, em seu artigo 99, excluía a possibilidade de se responsabilizar o Poder Moderador, exercido com exclusividade pelo

---

<sup>1</sup> Fábio Medina Osório realizou levantamento a respeito da responsabilidade dos gestores públicos no direito comparado (em especial com autores italianos), vislumbrando que a unanimidade dos autores reconheceu “a importância do princípio da responsabilidade em termos de fundamentação de uma cultura republicana, porque os agentes públicos, em especial, devem prestar contas de seus atos” (2009, p. 41) (sublinhou-se).

<sup>2</sup> Contrariando, destarte, percucientes lições do ensaio “Não Fale do Código de Hamurabi!”, de Luciano Oliveira (2004, p. 12)

Imperador<sup>3</sup> e cuja família dividira, noutros tempos, nosso território em “fatias” e os entregou a seu bel-prazer.

Detendo-se, ainda, na inefetivação do princípio republicano, em especial na ausência de responsabilidade por lesões ao bem público, não se pode deixar de denunciar que o coronelismo<sup>4</sup> — nada mais que outra faceta do patrimonialismo que se revela na instrumentalização do Estado para garantia de interesses próprios e incremento, ou manutenção, do poder privado, especialmente em locais onde reina a miséria —, mantém-se hígido no campo social, não obstante os constantes movimentos e esforços de construção democrática (CAMILO JUNIOR, 2011, p. 2).

Práticas tais como a proteção ao poderoso, a impunidade de certas condutas praticadas por determinado extrato social, a replicação de práticas políticas reprováveis, o trato diferenciado da justiça em situações idênticas (exceto pelo poder aquisitivo ou posição social dos indivíduos envolvidos), a existência de rupturas institucionais em cadeia (desrespeito sistemático e endêmico ao sufrágio), entre outras práticas anti-republicanas, foram a tônica dos séculos passados e não deixam de ser observadas ainda hoje.

Tal fenômeno, já percebido por Weber, malgrado transcenda as fronteiras pátrias, agrava-se ao exame sociológico da nação brasileira. Vale dizer: a dissolução do Estado patrimonialista, prevista em decorrência do desenvolvimento do capitalismo, ainda não ocorreu totalmente (CAMILO JUNIOR, 2011, p. 2).

Acredita-se que as raízes da corrupção estão deitadas sob a ausência de verdadeira consciência cívica e republicana. Basta observar a incompatibilidade entre os fundamentos do princípio republicano e a realidade fática: há grave crise de representatividade e descrédito dos políticos e, inclusive, a respeito da importância da política; não existe grande rotatividade nos mandatos, e tampouco aparenta a sociedade, pleito após pleito, indignar-se com a perpetuação das mesmas figuras no comando dos poderes constituídos; casos de corrupção se multiplicam no ambiente público, mas não se mostram menos comuns no domínio privado, sendo também banalizados.

---

<sup>3</sup> Vale a citação literal do dispositivo: “art. 99 - A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

<sup>4</sup> Victor Nunes Leal, citado por Camilo Junior (2011, p. 2), define por coronelismo: “Uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa”.

Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Junior, valendo-se de Sérgio Buarque de Holanda, salientam a forte influência do patrimonialismo e do domínio doméstico na formação cultural da nação brasileira. Discorrem sobre a dificuldade dos detentores de funções públicas em distinguir a esfera privada da pública. E, encontrando íntima conexão entre improbidade e a raiz patrimonialista, sublinham:

Improbidade administrativa é um conceito de considerável amplitude que não se reduz à corrupção, mercê de sua indevida associação. Improbidade é desonestidade, tendo raízes no patrimonialismo. Improbidade é, assim, resultante direta do mau uso das prerrogativas próprias do ofício público, manejadas em favor de interesse próprio ou de terceiro (2014, p. 296) (grifos no original).

Cristiano Elias defende que a corrupção pública se deve à conjugação de dois fatores: a existência de burocracia estatal – não no sentido Weberiano, de aparato técnico-administrativo organizado segundo critérios racionais e com especialização dos membros, mas sim significando “uma Administração Pública truncada”, que gera um ambiente favorável à sistematização da corrupção – e à cultura patrimonialista, compreendida como fenômeno cultural universal. Segundo suas palavras, o patrimonialismo:

Se baseia na organização do poder de modo arbitrário e pessoal, cuja legitimidade transcende a mera tradição, alcançando até mesmo a razão, como objeto de normas jurídicas. Nesse caso, o agente público assenhorar-se da esfera pública como se fosse sua própria esfera privada.

O patrimonialismo justifica o objetivo de muitos em se tornar, por exemplo, funcionário público, porquanto almejam além da estabilidade e dos bons vencimentos, a nobilidade e os privilégios, pretendendo transformar o próprio cargo em fonte pessoal de poder e de riqueza.

Assim, frustram-se a maiorias *[sic]* das finalidades do Estado, tendo em vista que os seus agentes públicos orientados, exclusivamente, pelo patrimonialismo, passam a dedicar-se, entre outros males, à prática da corrupção pública. (...)

Enfim, as consequências dessa cultura são infernais.

Politicamente, causa descrença nas instituições do Estado Democrático (...).

Economicamente, desperdiça-se dinheiro público, elevando-se absurdamente as despesas públicas sobre bens e serviços que poderiam ser contratados com preços bem mais razoáveis. (...)

Socialmente, eterniza as desigualdades sociais, em razão do sucateamento dos serviços públicos mais essenciais, tais como educação, saúde, previdência etc. (2014, p. 3-4) (grifou-se).

Diante desse quadro de cultura da corrupção, clientelismo, patrimonialismo, coronelismo, e das nefastas consequências que dele advêm, o ordenamento pátrio passa a

dispor, paulatinamente, em maior ou menor grau, normas sobre o controle e repressão dos agentes públicos.

A Constituição Imperial, a despeito de garantir a irresponsabilidade do titular do Poder Moderador, como exposto alhures, previra implicitamente o dever de probidade a agentes públicos com funções elevadas<sup>5</sup> (LAGO, 2001, p. 3).

A primeira Constituição da República, de 1889, já previa como crime de responsabilidade do presidente da República o atentado à probidade da administração<sup>6</sup>, como, aliás, fizeram todas as demais cartas republicanas<sup>7</sup> (OSÓRIO, 2012, p. 3).

Ressalta-se a inédita previsão, na Constituição de 1934, da ação popular. Por meio dela, a qualquer cidadão era conferida legitimidade processual para pleitear a anulação ou nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios<sup>8</sup>. O advento desse mecanismo de defesa do patrimônio público no texto constitucional representou importante marco para se pensar a improbidade administrativa para além da responsabilidade criminal e política; a partir da ação popular a probidade administrativa passou a ser contemplada pela jurisdição civil (ZAMBROTA, 2005, p. 2).

Com a Constituição de 1946, ao lado do ressurgimento da ação popular (que fora suprimida na Carta Polaca, de 1937), desponta, em âmbito constitucional, ineditamente, previsão civil mais firme e específica de combate a improbidade, na medida em que a carta estatuiu, para os casos de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso, a sanção de sequestro e perdimento de bens<sup>9</sup> (CAMILO JUNIOR, 2011, p.3).

---

<sup>5</sup> “Art. 133. Os ministros de Estado serão responsáveis: (...) II – por peita, suborno ou concussão; (...) VI – por qualquer dissipação dos bens públicos. Art. 134. Uma lei particular especificará a natureza destes delitos, e a maneira de proceder contra eles. Art. 135. Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escrito”.

<sup>6</sup> “Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 6º) a probidade da administração”.

<sup>7</sup> Vide: CF 1934, artigo 57, “f”; CF 1937, artigo 85, “d”; CF 1946, artigo 89, V; CF 1967, artigo 84, V; EC nº 01/69, artigo 82, V; CF 1988, artigo 85, V.

<sup>8</sup> “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

<sup>9</sup> “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 31 –



Em face da ocorrência de múltiplos casos de corrupção na década de 1950, inclusive apurados por Comissão Parlamentar de Inquérito, como os ocorridos na Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, no Serviço de Alimentação da Previdência Social e na Alfândega do Antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro), passou-se a discutir no Congresso Nacional a necessidade de se regulamentar o artigo 141, parágrafo 31, da *Lex Mater* de 1946 (COSTA, 2002. p. 55).

Dessa forma, surge a primeira das normas que basearam a atual Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992): a Lei n. 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha). A norma constituiu o primeiro diploma legal extra-penal de combate à improbidade, prevendo que os bens adquiridos mediante influência ou abuso de cargo, função pública ou emprego em entidade autárquica estariam sujeitos ao sequestro e perdimento em favor da Fazenda Pública<sup>10</sup>. Ademais, foi a lei pioneira no controle preventivo à corrupção ao criar registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de todos os que exercessem cargos ou funções públicas da União e de entidades autárquicas (artigo 3º)<sup>11</sup> (ZAMBROTA, 2005, P. 3).

Inexistiu, entretanto, na Lei Pitombo-Godói Ilha, a definição de figuras “típicas” em que tais sanções pudessem incidir, ou seja, previsões que de fato elencassem as hipóteses em que ocorresse enriquecimento ilícito. A complementação sobreveio, em meio ao mesmo contexto político e histórico, no ano seguinte, com a Lei n. 3.502/1958, intitulada Lei Bilac Pinto.

José Armando Costa comenta sobre a finalidade da lei à época de sua aprovação:

Como vemos, a programação constitucional referida, ultimando-se com a promulgação da Lei Bilac Pinto, a par de haver alimentado o desejo de funcionar como forte vetor de regularização do serviço público e exercer a função intimidativo-pedagógica contra a corrupção, pretendia também erigir-se em forte instrumento com o escopo de despojar o político ou administrador das vantagens obtidas com os seus atos de enriquecimento ilícito, através de ação judicial cabível, iniciada com a decretação liminar do sequestro de bens e sua subsequente perda (2002, p. 57).

---

(...) A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”

<sup>10</sup> “Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido. § 1º As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo civil, observadas as disposições da lei processual”.

<sup>11</sup> Portanto, a Lei n. 8429/1992 não é inédita, no que diz respeito ao controle preventivo, ao estabelecer, em seu artigo 13, a declaração prévia de bens e valores do patrimônio privado do agente público.

Aspecto interessante da lei é a conceituação de servidor público, considerado um avanço para a época, uma vez que, ampliando o alcance restrito da Lei Pitombo Godói-Ilha, envolveu todas as pessoas que exerciam na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, e quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, sejam eletivos, sejam de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário (FAZZIO JÚNIOR, 2008, P. 52-53).

Equiparou, ainda, ao conceito de servidor, os dirigentes e empregados de autarquia, sociedades de economia mista, fundação pública, empresa incorporada ao patrimônio público e entidade que fosse beneficiária de contribuições parafiscais (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 53).

Destaca-se, ainda, consoante mencionado, a tipificação de condutas que configuram enriquecimento ilícito<sup>12</sup>, assim catalogadas por Waldo Fazzio Junior:

1. A incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos, estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas;
2. A doação (de quem tem interesse político ou outro que direta ou indiretamente possa ser ou haja sido beneficiado) de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito;
3. o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;
4. a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
5. a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
6. a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.
7. O enriquecimento resultante de tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio;

---

<sup>12</sup> Que configuram, inclusive, base para o atual artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

8. O resultante de declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executados pelo Poder Público ou por tarefeiros, empreiteiros, subempreiteiros ou concessionários; sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais ou de qualquer deles recebidas. (2008, p. 53-54).

Outros fatores dignos de nota são o fato de as Leis 3.164/1957 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e 3.514/1958 (Lei Bilac Pinto) constituírem um sistema de repressão civil a improbidade, concluindo-se que na ausência de conflito expresso entre elas, ambas continuavam em vigor; a legitimidade ativa dos entes da administração direta<sup>13</sup> e a administração indireta<sup>14</sup>, bem como de entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, para ingresso em Juízo pleiteando o sequestro e a perda, em favor próprio, dos bens ou valores correspondentes ao enriquecimento ilícito dos seus servidores, dirigentes ou empregados e dos que exerceram, junto a elas, advocacia administrativa; a legitimidade do Ministério Público ou de qualquer do povo, malgrado a criticada iniciativa privativa, por noventa dias, dos legitimados retrocitados (MARTINS JUNIOR, p. 184-185).

Por outro lado, adverte-se que a lei:

Não chegou a instituir, de modo direto e autônomo, tal espécie de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito) como causa demissória do serviço público, e sim de modo indireto, (...)

Na quadra da vigência dessa lei, o servidor público somente poderia ser demitido, depois de haver sido julgado e condenado pela justiça criminal, em sentença transitada em julgado, nos termos do art. 207, inciso I, da Lei n.º 1.711 (...). Se o caso desonroso atribuído ao funcionário público não constituísse, também, delito penal, não ocorreria a sua demissão por improbidade disciplinar. (s/ grifos no original) (COSTA, 2002, p. 57).

Verifica-se, também, o contraste com a atual Lei de Improbidade Administrativa pela ausência de descrição de atos de improbidade que causam lesão ao erário ou contrariam princípios da Administração Pública.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves enumeram, a par da particularidade acima citada, outros fatores que contribuíram para a “ineficácia” da Lei Bilac Pinto:

---

<sup>13</sup> União, Estados, Distrito Federal e municípios

<sup>14</sup> As empresas incorporadas ao patrimônio da União, sociedades de economia mista, fundações e autarquias, autorizadas, instituídas ou criadas por qualquer dos entes

a) a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos previstos para a configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, sendo até mesmo exigida à prova de interesse político do doador na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observância da sistemática legal (art. 2º, b e parágrafo único, 1); b) a não tipificação do enriquecimento ilícito consistente na aquisição de bens em montante superior à renda do agente; e c) com exceção da perda dos bens adquiridos ilicitamente, o não estabelecimento de nenhuma sanção direta e específica para o agente, o qual continuaria a exercer o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro procedimento sujeito a disciplina diversa. (grifou-se) (2013, p. 266)

No período da ditadura (1964-1985), as Leis Bilac Pinto e Pitombo Godói-Ilha continuaram vigentes (como o foram, reprise-se, até a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa, em junho de 1992). Além das normas mais adiante relacionadas, vale referir, a respeito do período de vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1/1969, a previsão (excessivamente) genérica de suspensão de direitos fundamentais decorrente do abuso destes, da agressão à “ordem democrática” ou do cometimento de atos de corrupção<sup>15</sup> (OSÓRIO, 2012, p. 3).

Não fosse isso o bastante, as “constituições” conferiam ao Presidente, diante de ameaça por fatores de subversão ou corrupção, o poder de tomar outras medidas estabelecidas em lei, bem assim estabeleceu a censura, também nos termos de lei, a tudo aquilo que fosse entendido como lesivo ao interesse do “regime democrático” e ao combate à “subversão” e à “corrupção”, permitindo restrições à organização e ao funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão (respectivamente, arts. 152, parágrafo 3º, e 166, parágrafo 2º, da CF 1967 e arts. 155, parágrafo 3º, e 174, parágrafo 2º, da EC n. 1/1969).

---

<sup>15</sup> A autoritária carta de 1967 “garantia”, sob condições, os seguintes direitos: “§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. (...) § 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. (...) § 27 - Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião. § 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial”. Porém, seu “exercício abusivo” (por assim dizer) gerava esta consequência: “Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, [sic] defesa”. Confira-se, ainda, a abertura semântica propiciada pela EC n. 1, de 1967: “art. 153 (...) § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de **guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar**. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta” (grifou-se).

Entremetidos, o Ato Institucional n. 5 concedeu ao Presidente da República poderes para suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por 10 anos, cassar mandatos políticos e decretar o confisco dos bens daqueles que houvessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, alcançando os que exercessem suas atividades junto a autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (GARCIA, ALVES, 2013, p. 266). Evidentemente, sem intervenção judicial a respeito do mérito de tais ações.

O Decreto-Lei n. 359/1968, regulamentando a Constituição, instituiu a Comissão Geral de Investigação no âmbito do Ministério da Justiça para apurar o enriquecimento ilícito que renderia ensejo ao decreto de confisco, dispensando-se a prova do nexo-etiológico entre determinada conduta e a aquisição do bem e incluindo-se, como elemento de verificação do enriquecimento, a evolução patrimonial desproporcional (GARCIA, ALVES, 2013, p. 267).

Convém lembrar, por fim, que a tutela legal contra a corrupção (em sentido amplo) se dá por previsão de sanções de múltiplas categorias, cuja intensidade varia conforme o campo de incidência da resposta: civil, administrativa, política e penal. Neste sentido, são diplomas legais relevantes, no aspecto histórico e/ou político: i) as previsões constitucionais de crime de responsabilidade, bem como os “regulamentos” de tais previsões – Lei n. 1.079/1950 (Presidente da República ou Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República) e Decreto-Lei n. 201/67 (prefeitos e vereadores); ii) o Código Penal, que, desde 1940, estabeleceu crimes contra a Administração Pública, praticados por “funcionário público” e por particular (respectivamente, artigos 312 a 337), e penas acessórias, como a perda ou incapacidade para a função pública<sup>16</sup>, racionalizando e modernizando o sistema penal até então em vigor<sup>17</sup>; iii) a citada Lei n. 4.717/65, Lei da Ação

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, a redação original, antes da reforma de 1984: “Art 67. São penas acessórias: I - a perda de função pública, eletiva ou de nomeação;

“Perda de função pública: Art. 68. Incorre na perda de função pública: I - O condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública; II - o condenado por outro crime a pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro. Interdições de direitos “Interdições de direitos.

“Art. 69. São interdições de direitos: I - a incapacidade temporária para investidura em função pública; (...) IV - a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; V - a suspensão dos direitos políticos”. Hoje, constam como efeitos ‘automáticos’ da sentença, a perda em favor da União do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91); e também, mediante motivação específica do *decisum*: “I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos” art. 92.

<sup>17</sup> Não se olvide, tão pouco, que o Código Penal de 1890, o primeiro código elaborado no regime republicano, já tipificava ações lesivas à boa ordem e administração pública, acumulando tanto sanções de caráter penal quanto administrativo, por exemplo, suspensão ou perda de emprego público e inabilitação para outro, e cível, como

Popular; a Lei n. 4.898/1965, a qual, conquanto criada, paradoxalmente, na ditadura militar<sup>18</sup>, regulou o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal nos casos de abuso de autoridade; iv) o Decreto-Lei n. 3.240/1941, que sujeitou a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes dos quais resultasse prejuízo para a fazenda pública; v) o regime disciplinar da Lei n. 1.711/1952 (estatuto dos funcionários públicos civis da União)<sup>19</sup>, sucedida pela Lei n. 8.112/90; vi) a assim chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), que decretou inelegíveis para quaisquer cargos aqueles que praticarem certos atos dolosos de improbidade administrativa<sup>20</sup>.

---

multa sobre a quantia de dívida contraída com subalterno. Com efeito, eram crimes desta natureza: múltiplas ações que configuravam prevaricação (artigos 207 a 209), inclusive na forma culposa, conforme artigos 210 a 212 (frouxidão, indolência, negligência ou omissão); peita ou suborno (artigo 214 e 215); concussão (artigos 219 e 220); peculato (artigos 221 e 222); excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções públicas, havendo uma plêiade de condutas tipificadas entre os artigos 224 e 234 e, por fim, irregularidade de comportamento do empregado público (artigo 238). Condutas análogas também estavam previstas no Código Criminal de 1830, dos artigos 129 a 166.

<sup>18</sup> Cabe aqui citar, uma vez mais, Ruy Camilo Pereira Junior, em passagem que busca compreender tal paradoxo: “Percebe-se, assim, que ao longo do desenvolvimento do estado patrimonialista, surgiram esforços para coibir abusos e excessos dos funcionários subalternos. De fato, a cúpula do Poder Político, embora aja de modo patrimonialista, preocupa-se em inibir exageros da postura dos seus subordinados, sob pena de ocorrência de graves disfunções para o Estado como um todo. Aliás, o mesmo cuidado em coibir a violência manifesta-se nos Estados autocráticos.

“Não deixa de ser curioso que a Lei de Abuso de Autoridade tenha sido publicada em dezembro de 1965, no início do regime autoritário. (...) “Em outras palavras, as características violentas ou patrimonialistas de um Estado – e elas em geral andam de mãos dadas – espriam-se por todos os quadros da administração, exigindo medidas repressivas da própria cúpula” (2011, p. 2) (grifou-se).

<sup>19</sup> Destacando-se: “Art. 201. São penas disciplinares. I – repreensão; II – multa; III – suspensão; IV – destituição de função; V – demissão; VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade. (...)

Art. 204. A pena de repreensão será aplicada por escrito nos casos de desobediência ou falta de cumprimento dos deveres.

Art. 205. A pena de suspensão, que não excederá de 90 dias, será, aplicada em caso de falta grave ou de reincidência. (...)

Art. 206. A destituição de função terá por fundamento a falta de exação no cumprimento do dever.

Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de: I – crime contra a administração pública; II – abandono do cargo; III – incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual; IV – insubordinação grave em serviço; V – ofensa física em serviço contra funcionário, ou particular, salvo em legítima defesa; VI – aplicação irregular do dinheiro público; VII – revelação de segredo que o funcionário conheça em razão do cargo; VIII – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; IX – corrupção passiva nos termos da lei penal; X – transgresso de qualquer dos itens IV a XI do art. 195” (grifou-se).

<sup>20</sup> “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (...)l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena”.

Conclui-se, da análise do tópico, que o ordenamento jurídico, ao contrário do que se possa pensar, de há muito contempla diversos subsistemas de responsabilização aos detentores de cargos, empregos e funções públicas, inclusive abrangendo sanções em âmbitos estranhos à tutela penal ou administrativa, puramente.

Demonstrar-se todo o arcabouço normativo de prevenção e combate ao que se convencionou chamar de “improbidade” (ou corrupção em sentido amplo, como adotado no presente trabalho) não se revela um despropósito. Sua importância reside, em verdade, na compreensão de que o ilícito, a contrariedade ao direito, constitui categoria geral<sup>21</sup> cujas consequências (sanções) para o sistema são plúrimas e, assim, tem-se que, em tese, toda e qualquer conduta grave atentatória à Administração Pública deveria ter uma resposta adequada e, de acordo com os ideais que inspiraram tais normas (e inspiram a rígida Lei n. 8.429/1992), o fenômeno seria extirpado da realidade social brasileira, ou, ao menos, a corrupção teria diminuído drasticamente.

Porém, passa-se a questionar se a solução adequada para o problema social, político e cívico alhures exposto passa realmente pela mera estatuição em lei de sanções, gravosas quanto o possam ser, ou apenas pela decorrente persecução e responsabilização judicial por atos de improbidade. Tal advertência será adiante conjugada com os possíveis problemas jurídicos advindos seja de uma tutela excessivamente repressiva, inclusive limitadora do exercício de direitos fundamentais, seja do caráter excessivamente aberto de certas normas restritivas de direito.

### **1.3 Fundamento constitucional**

Com vistas à suma histórica apresentada no tópico precedente, pormenorizando inclusive os alicerces constitucionais anteriores, no que toca ao combate à corrupção em sentido amplo, passa-se a analisar os fundamentos na atual Constituição.

A Constituição Federal de 1988 demonstrou zelo com a moralidade administrativa e a probidade. No entanto, em oposição às cartas da ditadura militar, que apenas enunciavam o

---

<sup>21</sup> Mais especificamente, o desrespeito a uma regra de conduta imposta por determinada ordem social (KELSEN, 1998, p. 17) ou a prática de conduta proibida pela norma.

combate à corrupção como fundamento para toda a sorte de arbitrariedades, buscou dar concreção e efetivação a tais postulados.

Com relação à *moralidade*, sublinha-se a sintomática presença no texto da garantia, conferida a qualquer cidadão, de ação popular<sup>22</sup> contra a prática de ato lesivo à moralidade, dentre outros. Entende-se, a partir do dispositivo, que deva a moralidade ser entendida como um direito fundamental difuso do administrado (KIM, PORTO, 2014, p. 4).

Mais adiante, a Emenda Constitucional de Revisão n. 4, modificando a redação originária<sup>23</sup>, passou a estabelecer, no parágrafo 9º do artigo 14, que:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (grifou-se)

A principal referência ao princípio da moralidade é a consagrada previsão do *caput* do artigo 37, previsto como dever fundamental que vincula os agentes públicos e a Administração Pública e, ao mesmo tempo, direito básico do administrado. Interessa rememorar, além de tudo o quanto foi dito anteriormente (tópico 1.1), que:

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso. (GARCIA, ALVES 2013, p. 137)

A respeito da concreção do princípio da *probidade*<sup>24</sup> a nível constitucional, primeiramente interessa lembrar, seguindo a tradição das cartas anteriores, que se

---

<sup>22</sup> “Art. 5º- (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”;

<sup>23</sup> A redação originária dispunha que “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

<sup>24</sup> Entendido, repita-se, como o conjunto de normas instrumentalizadoras da moralidade administrativa.



considerou crime de responsabilidade do Presidente da República o ato que atente contra a probidade da administração (artigo 85, inciso V, da CF).

O dado fundamental a ser considerado, todavia, a fim de esclarecer os delineamentos da Lei n. 8.429/92, é a norma do artigo 37, parágrafo 4º, cuja citação literal se faz imperativa:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifou-se)

A propósito da disposição constitucional, tem-se dito, com razão, que a Lei Maior conferiu liberdade de conformação ao legislador ordinário para que definisse os contornos jurídicos da Lei n. 8.429/1992, especificamente quanto à caracterização do ato de improbidade e a gradação das sanções do mencionado dispositivo. Waldo Fazzio Júnior aduz que a cláusula *na forma e gradação previstas em lei* estabelece limites e reclama a intermediação legislativa para conferir eficácia ao mandamento do constituinte originário. Desse modo:

Transfere à lei ordinária o *como*, o *quando*, e o *quanto* das sanções que impõe, deixando amplo espaço para o estabelecimento da extensão subjetiva e objetiva do conceito de atos de improbidade administrativa, o elenco de seus destinatários e, por fim, as pessoas físicas e jurídicas integrantes do território administrativo atingido (2008, p. 58) (grifos do original).

Cláudio Ari Mello sublinha, a respeito do mesmo dispositivo:

Trata-se de norma constitucional perceptiva não exequível, de acordo com a classificação de Jorge Miranda [Manual de Direito Constitucional, t. II, pp.217-223]. O que caracteriza a norma não exequível "é a necessidade de complementação por normas legislativas, da *interpositio legislatoris* nesse sentido, integrando-a num quadro mais amplo, para que realize a sua finalidade específica". Ao explicitar que a forma e a gradação das sanções previstas na norma dependeriam prévia regulação legal, o constituinte remeteu a exequibilidade do dispositivo à legislação ordinária. O legislador, por seu turno, atendeu ao comando constitucional editando a Lei 8.429, de 24 de junho de 1992, que disciplinou casos de improbidade administrativa e estabeleceu as gradações para as sanções já previstas na Lei Fundamental, além de prever outras penas. (1995, p. 172) (grifos do original).

Fábio Medina Osório ressalta que a forma pela qual a CF/88 lidou com a matéria constitui novidade histórica, pois, ao adotar um modelo centralizador a partir do Direito Administrativo – transcendendo, assim, a perspectiva puramente penal ou ressarcitória (cível) –, criou modalidade sancionadora autônoma, que, em tutela extra-penal unificada, comporta

sanções políticas (suspensão de direitos políticos e perda da função em casos de mandatários de cargos eletivos), administrativas (perda da função pública) e cíveis (ressarcimento ao erário), além de medidas como a indisponibilidade de bens (2009, p. 18-19).

Complementando o artigo 37, parágrafo 4º, o artigo 15 da Constituição veda a cassação de direitos políticos, mas admite a perda ou suspensão em algumas hipóteses, entre as quais nos casos de improbidade administrativa (inciso V). A respeito, afigura-se oportuna a advertência de Juarez Freitas:

Frise-se que a improbidade administrativa é uma das hipóteses constitucionais de suspensão dos direitos políticos, ao lado do cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal definitiva e recusa de cumprir obrigação imposta a todos ou prestação alternativa. Em qualquer caso, a suspensão do gozo de direitos políticos é medida de extraordinária severidade, que implica, entre outros efeitos, ao lado da inelegibilidade e do cerceamento do direito de voto, a proibição de se filiar a partido político e a vedação de investidura em cargo público, além da falta de legitimidade para intentar a ação constitucional popular. (2005, p. 7) (s/ grifos no original).

O autor se vale da advertência para, adiante, defender a aplicação prudente da lei, especialmente a casos menos graves, nos quais devem ser eleitas as penalidades mais adequadas entre as contidas no artigo 12 do diploma legal em comento, a fim de garantir a real finalidade da Constituição – resguardar e concretizar a probidade na administração – e de evitar abusos (2005, p. 17).

Em termos de questionamento da constitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa, existe intenso debate na literatura jurídica especializada a respeito. Sinteticamente, uns a defendem, ao fundamento de violação ao bicameralismo, pois o texto substitutivo do Senado, ao retornar à Câmara, sofreu profundas modificações que o desfiguraram – caracterizando-se mesmo outra proposta legislativa –, sendo em seguida enviada diretamente para sanção presidencial (por todos: HARADA, 2000, p. 5).

Outros refutam a tese, pois a aprovação de substitutivo pela casa revisora não implicaria rejeição do projeto, restando, portanto, observado o processo legislativo (por todos: NEIVA, 2012, p. 22).

O Supremo Tribunal Federal apreciou a questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.182/DF, julgando-a improcedente e, assim, pacificando o entendimento pela constitucionalidade formal da Lei 8.429/1992. Não obstante, Marcelo Harger adverte que “não houve análise expressa acerca da competência para legislar sobre o

tema da improbidade. Há quem afirme que a lei a ser editada somente poderia ser uma lei federal e que o parágrafo<sup>4º</sup> do art. 37 dá suporte a essa interpretação” (2014, p. 2).

A inconstitucionalidade material de diversos dispositivos da lei também foi argüida por intermédio de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Partido da Mobilização Nacional – PMN e autuada sob o número 4.295. A ação já teve a tramitação quase completa, estando concluída ao relator, Ministro Marco Aurélio de Mello<sup>25</sup>, com parecer do Procurador-Geral da República pelo conhecimento parcial e improcedência total do pedido.

José Antônio Lisboa Neiva opina que a maioria das normas não deve ser reconhecida como incompatível com a Constituição, mas que é possível haver declaração de inconstitucionalidade parcial em alguns aspectos controvertidos, ou mesmo aplicação do método de interpretação conforme a Constituição para certos entendimentos possivelmente advindos da Lei de Improbidade Administrativa (2012, p. 23).

Resumidamente, as principais impugnações da mencionada ação se relacionam: a) à não aplicação aos agentes políticos (artigo 2º), contrariando normas constitucionais de competência para julgar crimes de responsabilidade de agentes políticos; b) à excessiva abertura do artigo 3º, ao possibilitar que alguém que sequer tenha participado do ato seja punido, contrariando o devido processo; c) à exagerada abertura e vagueza do *caput* dos artigos 9º a 11, ao pretender punir qualquer ato; d) aos incisos IV, VII e VIII do artigo 9º, em que se confunde indícios da prática de improbidade com o próprio ato; d) ao artigo 10, como um todo, por banalizar o conceito de improbidade, que deveria abranger apenas atitudes éticas negativas, ferindo a dignidade humana, o devido processo e o princípio do Estado Democrático; e) às tipificações do artigo 11, afora os princípios constitucionais acima referidos, lesa também a proporcionalidade e razoabilidade; f) à falta de razoabilidade do inciso I do artigo 21, pois não se discrimina em que hipóteses se justificará a grave medida de afastamento do agente público do cargo.

Aprofundar-se-ão alguns dos pontos questionados no decorrer do trabalho. Importante referir, desde logo, porém, que os fundamentos da ação aparentemente incidem no mesmo erro que se acusa a Lei – a excessiva e abstrata lesão a princípios. Com efeito, não se pode pretender inquinar uma norma em tese, aprovada, segundo o STF, de acordo com o devido

---

<sup>25</sup> Que, inclusive, relatou a ADI n. 2.182/DF e reconheceu a inconstitucionalidade formal da lei, restando vencido.

processo legislativo e, logo, com a vontade do povo, usando de fundamentos tão amplos como o malferimento do Estado Democrático de Direito, da democracia, do devido processo legal, sem que se demonstre de que forma isso estaria ocorrendo. É certo que casuisticamente pode se verificar o desrespeito a princípio constitucional; mas genericamente não se vislumbra essa lesão.

São esses, em altas linhas, os fundamentos constitucionais da Lei n. 8.429/92. Eventual conformidade, ou não, dos principais dispositivos da lei à Constituição, no que for cabível ao objeto deste trabalho, será objeto de apreciação pormenorizada nos capítulos 2 e 3.

## **2. TIPOLOGIA NORMATIVA E SEUS ASPECTOS PUNITIVOS: PANORAMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ESPÉCIES DOS ARTIGOS 9º E 10**

O fundamento constitucional estudado (artigo 37, parágrafo 4º, da CF) explicitou a necessidade de criação de uma nova lei de improbidade, reivindicando integração pelo ordenamento infraconstitucional, em razão das sanções previstas no dispositivo e não contempladas nas leis vigentes à época (Lei Bilac Pinto e Lei Pitombo Godói-Ilha), bem como da cláusula *na forma e gradação previstas em lei*, que conferiu a abertura necessária ao legislador ordinário.

Neste tópico serão estudados aspectos gerais da Lei de improbidade Administrativa, não pretensamente esgotando a matéria, mas, antes, pinçando aspectos de relevo, em especial as sanções, medidas preventivas e a tipologia dos artigos 9º e 10, que definem grupos de improbidade administrativa geradores de enriquecimento ilícito e prejuízos ao erário, respectivamente.

### **2.1 Panorama geral da Lei n. 8.429/1992<sup>26</sup>**

Foi encaminhado, pelo então presidente Fernando Collor de Mello<sup>27</sup>, o Projeto 4de Lei n. 1446/1991, contendo, na exposição de motivos, registro do então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, a respeito da necessidade de combate à corrupção, pois se tratava (e se trata) de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País” (MATTOS, 2005, p. 1).

O projeto teve tormentosa tramitação legislativa: passou por uma inicial configuração mais simples, de mera atualização das leis vigentes (dispondo apenas sobre o enriquecimento ilícito); em seguida, por intensa discussão, com acolhimento de centenas de emendas na Câmara dos Deputados; por modificações no Senado e, enfim, por novas alterações na casa de

---

<sup>26</sup> Convém referir que a análise pormenorizada da Lei 8.429/1992 desborda dos estreitos limites do trabalho. Cumpre, entretanto, referir os principais pontos de interesse, sucintamente, aprofundando, na sequência, aqueles de especial relevância.

<sup>27</sup> Que viria a ser julgado com base na mesma lei.

origem<sup>28</sup>. Ao cabo, foi promulgada a Lei n. 8.429/1992, reconhecida, pela sociedade e pelos juristas, como grande inovação no ordenamento, devido às diversas mudanças no trato historicamente conferido à matéria, à instituição de um microssistema de normas administrativas e processuais, à criação de legítimo Código Geral de Conduta dos agentes públicos, abrangendo inclusive os agentes políticos, e que, como Lei Geral, ostenta alcance nacional (OSÓRIO, 2012, p. 16).

Neste ponto, algumas considerações gerais da Lei de Improbidade Administrativa não de ser destacadas, reservando-se ao tópico seguinte as questões mais latentes no que interessa ao desenvolvimento do trabalho.

Releva, portanto, de início, apontar incorreção na ementa da Lei n. 8.429/92<sup>29</sup> que pode causar confusão aos desavisados, pois dá a entender que ela apenas dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos no caso de enriquecimento ilícito, quando, de fato, estabelece um sistema de repressão civil-administrativo ao ilícito cometido contra o Estado ou outra entidade que lhe faça as vezes, sistema este que se organiza em três categorias distintas de atos (além daqueles que geram enriquecimento ilícito, previstos nas leis anteriores, os que causam prejuízo ao erário e os que constituem atentado aos princípios da Administração Pública), cujas sanções variam conforme a gravidade da conduta. Desse modo, a ementa acabou por dizer menos do que o real objeto da norma.

### 2.1.1 Sujeito ativo e sujeito passivo

A respeito do sujeito ativo e passivo do ato de improbidade, a Lei de Improbidade Administrativa trouxe um conceito considerado amplíssimo de agente público e sujeitou, para os fins da lei, largo espectro possível de situações. Os artigos 1º a 3º definem os possíveis sujeitos ativos do ato de improbidade<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Como se viu, debate-se incessantemente a inconstitucionalidade formal da Lei.

<sup>29</sup> “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

<sup>30</sup> *In verbis*: “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o

Para Marcelo Figueiredo, tal é a amplitude do conceito de agente público que a lei simplesmente pretendeu espalhar seu raio de abrangência a toda e qualquer pessoa que se relacione com a Administração Pública, independentemente do regime jurídico adotado. Refere, analiticamente, que estão sujeitos à aplicação da norma: a) os agentes públicos, servidores públicos estatutários, celetistas ou sob regimes pretéritos das entidades da Administração Pública direta, autarquias e fundações, inclusive membros do Ministério Público e do Poder Judiciário<sup>31</sup>; b) os empregados públicos, ou seja, servidores celetistas que estão vinculados a empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas; c) os contratados que exercem transitoriamente funções estatais (*verbi gratia*, o mesário de eleição ou os representantes civis em comissões de licitação); d) os agentes políticos, inclusive os chefes do Poder Executivo<sup>32</sup> e parlamentares; e) qualquer particular que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie de qualquer forma, restando claro que as sanções, nesse caso, se restringem a algumas daquelas previstas artigo 12, excluindo-se, por exemplo, a perda da função (1995, p. 22-27).

Cláudio Ari Mello arremata, acerca do sujeito passivo, que se sujeitam à lei os atos cometidos contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público e daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, “casos em que a sanção patrimonial limitar-se-á à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (1995, p. 3).

---

patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

“Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

<sup>31</sup> Contanto, nestes casos, que os próprios órgãos iniciem o processo, em respeito à Constituição (artigo 93, VIII, e artigos 129, §4º, e 128, §5º, I).

<sup>32</sup> Nesse caso, fundamenta sua posição da seguinte forma: “Nossa posição é a de que em se tratando de ato de improbidade que também esteja previsto na Lei n. 1079/50, que é a norma que prevalece em caso de improbidade praticada pelo Presidente da República, as sanções de perda da função pública e inabilitação somente podem ser aplicadas pelo Senado Federal, enquanto as demais – se cabíveis – (art. 12 da Lei 8.429/92), poderão ser aplicadas no juízo comum, independentemente do julgamento político, pois trata-se de outra esfera de responsabilização – a de improbidade administrativa. Caso o Presidente da República ou qualquer outra autoridade sujeita a regime especial de responsabilização pratique ato de improbidade administrativa que não sejam considerados crimes de responsabilidade, é de ser aplicada a Lei 8.429/92 e as sanções ali previstas” (*in*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.), 2013, p. 1.896) (grifou-se). O mesmo raciocínio vale para parlamentares, cujas sanções de perda da função e suspensão de direito políticos não de ser aplicados pela casa a que pertencem, e não por qualquer magistrado.

### 2.1.2 Legitimidade ativa

A respeito da legitimidade ativa, importa assinalar, por primeiro, fato apontado como retrocesso em relação à Lei Bilac Pinto – a não previsão de legitimidade de qualquer do povo para combater o enriquecimento ilícito. Argumenta-se inexistir qualquer óbice a que a disposição fosse mantida pelo legislador em 1992, o que, porém, incorreu (ZAMBROTA, 2005, p. 6).

Ademais, o artigo 17 prevê que a ação principal, de natureza cível, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. O *Parquet* atua, ainda, quando não for parte, como fiscal da Lei. Até outubro de 1996 (data da MP 1.472-30 que modificou o artigo), a pessoa jurídica interessada obrigatoriamente integrava a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha; hoje, a critério do representante da pessoa jurídica, esta poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, caso entenda útil ao interesse público.

Na compreensão de Cláudio Ari Mello, somente as entidades do *caput* do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa detêm a legitimidade ativa da ação, e não aquelas mencionadas no parágrafo único do mesmo artigo, porque somente aquelas são vítimas dos atos de improbidade administrativa e, afora isto, a se conceder *legitimatío ad causam* a todas as pessoas jurídicas no artigo 1.º, parágrafo único, amplia-se de tal modo o objeto da lei que poderia advir um excesso de ações de improbidade, “nem sempre com lúdicos propósitos ou com um mínimo de plausibilidade jurídica, como ocorreu após a extensão do número de legitimados para a ação declaratória de inconstitucionalidade, a partir de 1988” (1995, p. 9).

### 2.1.3 Natureza da ação de improbidade

Conquanto não seja objeto de análise central do trabalho, é certo que pairam indefinições sobre a natureza jurídica da ação de improbidade, ou seja, acerca de qual seria, idealmente, o conjunto de regras e princípios que se aplicaria à sistemática da Lei n. 8.429/1992 – se de ordem processual penal ou processual civil.



Longe de se apresentar como mera contenda teórica, a questão apresenta um sem número de repercussões práticas relevantes, pois as normas de processo civil, de regra, se moldam para resolver conflitos de interesse de cunho patrimonial e privado, ao passo que normas de processo penal rivalizam, de modo geral, a pretensão punitiva estatal e direitos fundamentais do cidadão. Vislumbrar-se-ia, portanto, uma aproximação lógica ao processo penal. Entretanto, não se ignora que a Lei de Improbidade Administrativa é mesmo um conjunto de normas materiais e processuais autônomo, não se categorizando especificamente no processo civil e penal.

Sem embargo, a doutrina se inclina a examinar o impasse sob a perspectiva da jurisdição competente para o exame, e não propriamente focalizando quais normas se aplicariam. Basta, a respeito, a oportuna lição de Marcelo Figueiredo:

Sempre sustentamos que a ação de improbidade administrativa veicula uma ação civil e não uma ação penal. A afirmação está longe de ser superficial ou acadêmica. A fixação desta natureza tem marcada importância jurídica, pois não só tem o condão de fixar o foro competente – primeiro ou segundo grau – comum ou especial – como também habilitará um determinado caminho processual a seguir ou outro completamente distinto. Que regras devem presidir a ação? As do Processo Civil, do Processo Penal, somente àquelas regras processuais previstas na Lei Especial, na Lei 8.429/92. Reiteramos aqui nossa posição segundo a qual a Lei de Improbidade veicula uma ação de natureza civil. A gravidade das cominações na lei previstas não desnaturam a sua natureza. (2013, p. 1898) (grifou-se).

#### 2.1.4 Medidas preventivas: declaração de bens, afastamento liminar e indisponibilidade de bens

Para viabilizar a prevenção de eventuais desvios e instrumentalizar a própria aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, o artigo 13 estabelece importante controle preventivo ao condicionar a posse e exercício do agente público à apresentação de declaração dos bens e valores de seu patrimônio privado, que será arquivada no serviço de pessoal. Malgrado não seja particularmente uma novidade no ordenamento (porquanto antecedida pelo artigo 3º da Lei Pitombo-Godói Ilha, como visto – tópico 1.2), tal controle foi intensificado por meio da Lei n. 8.730/1993, que previu a indicação das fontes de renda no momento da posse ou entrada em exercício, bem como no final do exercício (artigo 1º, *caput*), o envio de cópias ao Tribunal de Contas da União para fins de registro próprio, controle, publicidade e

providências (artigo 1º, parágrafo 2º), troca de dados e informações entre o Tribunal de Contas e a Fazenda (artigo 5º).

Marcelo Figueiredo identifica como móbil do citado artigo 13, bem assim da Lei 8.730/1993, a procura, a partir do acompanhamento do progresso econômico-financeiro, por “algum elo entre a formação e desenvolvimento do patrimônio do agente e uma possível atividade ilícita ou imoral em sua vida administrativa ou funcional” (1995, p. 79).

O artigo 13 determina, ainda, em seu parágrafo 3º, a punição de demissão a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções, ao agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

Outra regra relevante no aspecto da prevenção é a do parágrafo único do artigo 20, que prevê o afastamento liminar, pelo juiz, do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se mostrar necessária à instrução processual<sup>33</sup>. Kiyoshi Harada, com razão, defende que o afastamento cautelar deva levar em consideração atitudes concretas do réu no que diz respeito à instrução processual, sendo vedado presumir-se que este irá atrapalhar ou dificultar a coleta de provas (2000, p. 9).

O *caput* do mencionado artigo 20 dispõe, todavia, que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”, no que foi criticado por Alexandre Moreira Van Der Broocke: segundo ele, a disposição desprestigia a tutela visada pela Constituição Federal ao buscar, pelo artigo 37, parágrafo 4º, reprimir a prática de atos de improbidade administrativa, pois, ao condicionar ao trânsito em julgado as duas principais sanções da lei, excepciona-se o sistema recursal (pois o acesso às cortes superiores em regra não dá efeito suspensivo a eventual recurso) ao manter no cargo público aquele que, segundo o entender de pelo menos duas instâncias jurisdicionais, cometeu ato de improbidade, o que também afronta a moralidade (2013, p. 23).

O fundamento utilizado pelo autor é que a tutela da Lei de Improbidade Administrativa se diferencia da tutela penal, não cabendo argumentar acerca da presunção e inocência. Contudo, não se concorda com a posição do autor, porque, como se demonstrará adiante, as penas da Lei n. 8.429/1992 aproximam-se da tutela penal em gravidade, até a supera em alguns casos, restringindo direitos fundamentais, devendo o resguardo destes, portanto, ser tão sério nesta esfera quanto o é na seara criminal.

---

<sup>33</sup> Ressalta-se, porém, que o próprio artigo obtempera a gravidade da disposição ao consignar que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (artigo 20, *caput*).

A indisponibilidade de bens é medida prevista desde a Constituição Federal e versada no artigo 7º<sup>34</sup> da Lei de Improbidade Administrativa, que lhe deu feição nitidamente preventiva, ao dispor que a indisponibilidade deve recair sobre os bens que assegurem o ressarcimento integral do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento indevido do agente. É medida acautelatória que pode ser pleiteada na própria ação de improbidade, a título de tutela provisória incidental (artigos 294 e seguintes da Lei n. 13.105/2016). Não se cogita da perda de bens, apenas da recuperação do que foi indevidamente auferido ao arrepio do interesse público (LAGO, 2001, p. 9)

## 2.2 Sanções

O estudo dos principais aspectos das sanções da Lei de improbidade Administrativa é relevante ao presente trabalho, sendo, propositadamente, abordado antes da análise dos tipos de ilícitos dos artigos 9º, 10 e 11. A aparente inversão lógica procedida se justifica na medida em que se pretende avaliar o contraste, já indicado, entre as gravosas penas e a excessiva abertura dos tipos.

A Lei 8.429/1992 configurou uma nova via de responsabilização a ilícitos, os quais se relacionam a atos que envolvem a administração pública, em geral desonestos, mas também, em alguns casos, relativos à grave ineficiência de agentes públicos – categoria ampla e abrangente a que se fez referência. Compreende-se essa via em um macrossistema normativo de prevenção e combate ao que se convencionou chamar de “improbidade” (ou corrupção em sentido amplo), em que também estão contidas normas de direito administrativo sancionador<sup>35</sup>, direito penal<sup>36</sup>, direito civil<sup>37</sup>, direito eleitoral e também a responsabilidade de

---

<sup>34</sup> “Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”.

<sup>35</sup> grosso modo, responsabilidade administrativa de servidores públicos e de administrados.

<sup>36</sup> Por exemplo, crimes contra a Administração Pública.

<sup>37</sup> ações de responsabilidade civil por ato ilícito, cláusula geral do ordenamento.

agentes políticos<sup>38</sup>; cada uma dessas esferas detém, em maior ou menor grau<sup>39</sup>, independência para aplicar as sanções próprias.

É por isso que foi destacada (cap. 1, tópico 1.2) a importância de se compreender que o *ilícito*, a contrariedade ao direito, constitui categoria geral, cujas consequências (sanções) para o sistema é que são plúrimas e distintas. Logo, em tese, toda e qualquer conduta grave atentatória à administração pública deverá ter uma resposta adequada no sistema, não sendo a Lei de Improbidade Administrativa a única possibilidade de evitar a temida *impunidade*.

Entrementes, inexistente critério objetivo e científico para o legislador categorizar ilícitos, considerando-os de natureza penal, civil ou administrativa - tal decisão é apenas guiada pelos anseios da sociedade em determinado contexto histórico e cultural ou por mero interesse político dominante. Dessa forma, constata-se que alguns ilícitos eleitos como extra-penais (em tese menos graves que condutas penais) acabam por possuir uma carga intimidatória muitas vezes maior que o próprio ilícito penal, existindo, quando não deveria, uma resposta muito mais grave do ordenamento (CAPEZ, 2010, p. 173).

### 2.2.1 Critérios de aplicação

Dito isso, e sem olvidar do problema, adiante examinado, atinente à demasiada abertura dos atos típicos na Lei 8.429/1992<sup>40</sup>, percebe-se, ao analisar o preceito secundário estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa no artigo 12, que as consequências decorrentes dos ilícitos de improbidade mostram-se especialmente gravosas:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

---

<sup>38</sup> Como as Leis de Responsabilidade do Presidente e dos Prefeitos, o controle pelo Legislativo dos membros do Executivo, controle da atuação dos membros do MP e da magistratura exercidos pelo CNMP e pelo CNJ, respectivamente. Recomenda-se a leitura de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em seu Curso de Direito Administrativo traça, com excelência, em capítulo próprio, o panorama do controle da Administração Pública (Cap. XVIII).

<sup>39</sup> Não se descarta, conquanto escape ao enfoque deste trabalho, dos inúmeros e complexos desdobramentos possíveis surgidos da inter-relação entre as punições nas diferentes esferas, como a apuração em processo penal de ilícito e a possível vinculação a outros subsistemas.

<sup>40</sup> Que gera problemas atinentes a direitos fundamentais e contém em si possibilidades indesejadas, embora não observáveis de pronto, pelo ordenamento jurídico.

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A lei prescreve, no artigo 21, que a aplicação das sanções nela previstas independe de da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (incisos I e II, respectivamente).

A respeito das sanções, o principal dissentimento na doutrina paira sobre a suposta inconstitucionalidade do artigo 12 ao prever penas além das contempladas pela Constituição Federal em seu artigo 37, parágrafo 4º.

Cláudio Ari Mello<sup>41</sup> não concorda com a inconstitucionalidade:

Desde logo deve-se afastar qualquer veleidade de inquinar de inconstitucionalidade os dispositivos supracitados, por criarem sanções que não estavam previstas na norma constitucional que regulamentam. O art. 37, § 4º, da CF/1988 (LGL\1988\3) mencionou expressamente algumas penas para os atos de improbidade administrativa, mas não restringiu a liberdade de conformação do legislador ordinário, seja para formular casos específicos de improbidade administrativa, seja na fixação de limites mínimos e máximos para as penas, seja para a criação de novas reprimendas. Mesmo

---

<sup>41</sup> Vide entendimento idêntico de Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 342).

porque não se trata de matéria de domínio reservado à Constituição ou à legislação complementar, nada obstando que o legislador ordinário *sponta* sua decidisse por estatuir consequências jurídicas a atos contrários à moralidade administrativa. (1995, p. 6)

Emerson Garcia e Rogério Alves aderem à mesma corrente, acrescentando novos argumentos:

Dizer que o ímprobo tem o "direito subjetivo" de somente sofrer as sanções, previstas de forma enunciativa em uma norma de natureza programática seria, no mínimo, subverter os fins do texto constitucional, afastando-o do ideal de repressão à desonestidade e de preservação do interesse público que justificaram a sua edição. Ao final, uma norma que estabeleceu a obrigatoriedade de que viesse a ser editada lei de coibição à improbidade terminaria por ser a “pedra fundamental” do estatuto do ímprobo, local em que estariam consignadas suas “garantias básicas”, muito mais incisivas e eficazes do que aquelas previstas no próprio art. 5º da Constituição da República.

O art. 37, § 4º da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais. E ainda, a indisponibilidade de bens prevista na Constituição não é um fim em si mesma, mas instrumento garantidor da eficácia das sanções pecuniárias, o que reforça a assertiva de que ao legislador infraconstitucional foi delegada a tarefa de discriminar aquelas que seriam por seu intermédio garantidas (2013, p. 582-583) (grifou-se).

Marcelo Harger, ao contrário, defende a contrariedade à Constituição das sanções de pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público e proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios, por não estarem expressamente previstas no parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal. Com efeito:

A anulação do ato ilícito não é propriamente uma penalidade, mas sim um pressuposto necessário para que surja o dever de indenizar. A perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, por sua vez, não pode ser considerada como penalidade efetiva, mas sim como expressão da regra geral de vedação ao enriquecimento sem causa que permeia todo o ordenamento jurídico. As demais penalidades, no entanto, não poderiam ter sido cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa. Não há óbice ao fato de serem aplicadas administrativa ou criminalmente se a lei assim estabelecer. Tornam-se inconstitucionais, no entanto, quando estabelecidas para a punição de atos de improbidade.

Isso ocorre porque a redação do parágrafo é imperativa ao dispor que os atos de improbidade administrativa “importarão” e permite apenas que a aplicação dessas quatro penalidades se dê na forma e gradação previstas em lei. A linha interpretativa ora proposta ganha corpo quando se verifica que o dispositivo que ora se comenta excepcionou expressamente as penalidades

criminais ao dizer em sua parte final “sem prejuízo da ação penal cabível”. Verifica-se que a Constituição Federal estabelece claramente quatro penalidades para os atos de improbidade e que a única exceção admitida dá-se quando uma mesma conduta, além de ímproba, for tipificada criminalmente.

Toshio Mukai também advoga a inconstitucionalidade. Para o autor, o entendimento de que a Carta Magna teria previsto apenas quantidade mínima de sanções (quatro), nada impedindo que a lei ordinária contemplasse outras, é errôneo, visto que o texto constitucional inadmite tal entendimento: a Constituição dispôs as penas cabíveis e limitou a regulamentação da futura lei às formas de aplicação dessas sanções e sobre a gradação de cada uma delas. Logo, em face da legalidade constitucional, ao legislador competia tão somente “disciplinar a forma e a gradação das penas previstas no texto constitucional; quando acresceu às referidas penas mais três, o fez inconstitucionalmente” (1999, p. 722).

Filia-se à primeira corrente, por seus fundamentos, frisando-se que, caso a Constituição realmente desejasse delimitar o espectro sancionatório dos atos de improbidade, o faria expressamente. De fato, tal limite ao legislador ordinário, de criar certas sanções, já existe e não se limita ao direito penal – no artigo 5º, inciso XLVI, a Constituição veda a instituição de penas (no sentido amplo antes referido) cruéis, de caráter perpétuo, de banimento, de trabalhos forçados e de morte (salvo em caso de guerra).

Ademais, até a modificação do texto do *caput* do artigo 12<sup>42</sup>, questionava-se a respeito da aplicação das sanções em bloco<sup>43</sup> ou de maneira individualizada, inclinando-se a ampla maioria dos autores pela aplicação individualizada das sanções, elegendo-se aquelas que proporcionalmente correspondam à extensão lesiva da conduta.

---

<sup>42</sup> Na redação original: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”.

<sup>43</sup> Claudio Ari Mello defendeu ser obrigatória, ao juiz, a aplicação em bloco das penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, com base na interpretação gramatical do antigo texto do artigo o qual, ao elencar as diversas sanções, usam a conjunção aditiva ‘e’, exprimindo a intenção de aplicação conjunta das reprimendas, e não a conjunção alternativa ‘ou’, que ensejaria liberdade de escolha ao juiz; a imposição isolada ou cumulativa das penas, a critério do julgador, ainda, resultaria em elevado grau de incerteza e insegurança jurídica, incompatível com o Estado de Direito, porquanto cada julgador teria ampla liberdade, à míngua de balizas legais, para escolher, dentre as penas cominadas, qual a imposta ao condenado (1995, p. 8).

A Lei n. 12.120/2009 modificou o artigo para explicitar que a aplicação das penas da lei dar-se-á de forma cumulativa ou isolada, perdendo força o entendimento, desde sempre minoritário, da aplicação cumulativa<sup>44</sup>.

Entende-se que tal posicionamento constitui um avanço e contribui para a desejável observância da individualização da pena em improbidade administrativa, corolário da necessária aproximação e integração de certas questões que deve existir nos diversos ramos do direito punitivo. Ao mesmo tempo, evita-se (ao menos se reduz) a aplicação abusiva da Lei de Improbidade e faz perder eco posições jurisdicionais e doutrinárias que defendem a obrigatoriedade de aplicar as sanções em bloco, prestigiando, assim, também, a proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça tem apontado que o magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, podendo (devendo), mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração. Entendimento exposto, entre outros, no Recurso Especial n. 1.091.420/SP, relator Ministro Sérgio Kukina (BRASIL, 2014a), bem como exposto na tese n. 13 da jurisprudência em teses II do Superior Tribunal de Justiça.

Marcelo Harger acrescenta à discussão que a aplicabilidade das sanções pode mesmo ferir a legalidade estrita. Esta obriga a definição clara não apenas do preceito primário dos tipos, mas também do preceito secundário. Não se admite nem a incriminação vaga e indeterminada, pois esta acarreta na inexistência fática de lei e delega a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador; nem tampouco o sancionamento incerto a que está sujeito o agente, porquanto deveria a lei estabelecer a relação entre as infrações e as sanções administrativas de modo que o infrator pudesse saber com exatidão a medida a que está sujeito pela prática do comportamento ilícito (2014, p. 9-10).

No entanto, à luz das possibilidades amplas abertas pelo artigo 12, diz Harger, torna insustentável vislumbrar algum traço de respeito à legalidade, tornando-se impossível dizer que a pena é certa, visto ter o juiz infinitas possibilidades de escolha das sanções a serem aplicadas em cada caso concreto<sup>45</sup>. Não fosse isso o bastante, os critérios de gradação das

---

<sup>44</sup> Não obstante, Marcus Paulo Queiroz Macêdo, citado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, reputou inconstitucional tal modificação, sob o mesmos fundamentos que Cláudio Ari Mello se vale para defender a aplicação em bloco (2013, p. 690-691).

<sup>45</sup> Por exemplo, propõe o autor um cálculo considerando todas as possibilidades punitivas: “Vamos agora analisar as possibilidades em relação ao inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Temos as seguintes possibilidades: 1. Ressarcimento integral do dano; (1 possibilidade) 2. Perda da função pública; (1



penas previstas pela Lei de Improbidade Administrativa levam em conta apenas a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Entretanto, condutas graves podem propiciar um proveito patrimonial pequeno e vice-versa. Isso torna os critérios estabelecidos pela lei incertos e insuficientes para esclarecer ao intérprete a pena mais adequada a cada caso. Eis mais uma inconstitucionalidade, em seu entender<sup>46</sup> (2014, p. 14).

### 2.2.2 Sanções em espécie – breves apontamentos

Apenas se pretende, para além da auto-compreensão advinda da enunciação legal dos incisos do artigo 12, demonstrar alguns dos pontos de tensão existentes quanto à aplicação específica das espécies de reprimendas da lei.

Inicialmente, Marcelo Harger aponta que as sanções de pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público e proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios desrespeitam o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV e XLVI, da CF), direito fundamental que transcende a esfera penal, por decorrência lógica. Sustenta que a conduta de um sócio acaba gerando a punição de sociedade, que não se confunde com a pessoa do sócio conforme explícito no direito privado. Assim, os demais sócios, que não participaram do ato ilícito, também acabam sendo penalizados (2014, p. 14).

A previsão da sanção de ressarcimento integral do dano (se houver) se presta a autorizar a reparação do dano moral à administração. Ora, a alternativa a reconhecer um erro grosseiro na feitura do artigo 12, inciso III (já que aqui não se cogita de dano patrimonial, pois haveria, neste caso, de se aplicar o artigo 10 da Lei), é, em interpretação sistemática e teleológica, aceitar que a lei está a tratar do dano extra-patrimonial (OSÓRIO, 1999, p. 4).

Contudo, neste ponto discordam Fábio Medina Osório e Juarez Freitas, este último defendendo que a multa civil se presta ao fim visado pela reparação por dano moral (1996, p. 78-79) e o primeiro argumentando que:

---

possibilidade) 3. Suspensão dos direitos políticos de três (1095 dias) a cinco anos (1825 dias); (730 possibilidades se considerarmos em dias) 4. Multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; (100 possibilidades) 5. Proibição de contratar por três anos; (1 possibilidade) 6. Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais por três anos; (1 possibilidade) 7. Proibição de receber incentivos creditícios por três anos. (1 possibilidade) Vê-se que há um total de 835 (oitocentos e trinta e cinco) possibilidades”. De fato, usando uma fórmula de combinação, chega-se à casa do trilhão, o que faz reforçar a tese do autor a respeito da incerteza da pena.

<sup>46</sup> O próprio autor reconhece, em outro trabalho, que sua tese é minoritária (2010, p. 9)

Multa civil é consequência jurídica certa da improbidade, sancionamento autônomo que independe da comprovação de dano moral ou material, prevista a toda e qualquer modalidade de ato ímprobo, ao passo que o dano moral à entidade lesada, se houver, deve ser reparado à luz dos critérios que têm orientado os julgadores nessa seara, sem prejuízo da incidência cumulativa da multa civil e, mais ainda, sem submissão ao prazo prescricional. (1999, p. 4).

Em caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio (artigo 6º). O dispositivo seria despiciendo, pois a previsão decorre do artigo 3º e do sancionamento previsto no artigo 12. De todo o modo, a rigor, a perda de bens ou valores não constitui sanção (resposta do ordenamento a ilícito) no sentido puro, pois “buscará unicamente reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito, mantendo imutável o seu patrimônio legítimo” (GARCIA, ALVES, p. 607).

A respeito da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, cumpre ressaltar que um juiz singular não poderá aplicá-la ao arrepio das disposições da Constituição Federal de 1988 – ou seja, ao julgar o presidente da República (artigos 85 e 86), prefeito (artigo 29, incisos X e XIV), membros do Congresso Nacional (artigo 55), membros do legislativo estadual (artigo 27, parágrafo 1º), não poderá deliberar sobre a perda da função. Ainda, o Supremo Tribunal Federal entendeu, na Reclamação n. 2.138-DF, ser de sua competência o julgamento de agentes políticos que possuem prerrogativa de foro perante a Suprema Corte (artigo 102, I, “c”, da CF) (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 343-344).

Adverte-se que por função pública é cabível extenso leque de figuras jurídicas, para além do conceito restrito corrente em Direito Administrativo: mandatos eletivos (Presidência da República, Vereança) e qualquer cargo público, eletivo ou não, emprego ou função pública, nos termos do art. 1.º da Lei 8.429/1992 (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 357; MEDINA OSÓRIO, 2012, p. 6; GARCIA, ALVEZ, 2013, p. 636).

Waldo Fazzio Júnior defende que a perda da função não se possa eternizar, por respeito à vedação constitucional (artigo 5º, XLVII), sugerindo que vigore no prazo de suspensão dos direitos políticos arbitrado (2008, p. 357).

Acerca da suspensão dos direitos políticos, ademais, deve haver cuidado especial do magistrado na aplicação dessa pena, uma vez que o direito de sufrágio e de se habilitar a cargos políticos (respectivamente, capacidade eleitoral ativa e passiva), são direitos

fundamentais que sofrem severa restrição, o que apenas se admite diante de situações peculiarmente gravosas.

Sobre a multa civil, vem à tona mais uma vez a desproporcionalidade do sancionamento para os casos de lesão a princípios da administração, de até cem vezes a remuneração do agente público, enquanto nos demais casos é proporcional ao dano causado. A questão adquire maior gravidade na medida em que não se conclui acerca do caráter reparatório e/ou sancionatório do instituto, o que termina por afetar inclusive a tormentosa questão da prescrição.

### 2.2.3 Prescrição

Opta-se por tratar do tema nesta seção, uma vez que existem divergências sobre em quais sanções incidirá o lapso prescricional, cujo exame mais aprofundado refoge ao centro deste trabalho.

Os prazos das ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, consoante o respectivo artigo 23, respeitam as seguintes disposições:

- I – em cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
- II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de cargo efetivo ou emprego;
- III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

A prescrição, portanto, para quase todas as sanções do artigo 12 (sendo o prazo quinquenal, exceto na hipótese do inciso II) está regulamentada pela Lei de Improbidade Administrativa. Relativamente ao ressarcimento integral do dano, aponta-se exceção ao lapso extintivo geral, advindo de tormentosa disposição constitucional do artigo 37, parágrafo 5º, segundo a qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em suma, a partir dessa ressalva, o entendimento majoritário formado é de que a Constituição criou inédita hipótese de imprescritibilidade, enquanto parte da doutrina e jurisprudência entende inexistente a possibilidade de ação imprescritível no ordenamento jurídico, criando a Constituição apenas uma exceção à regra geral.

Marcelo Figueiredo, após indicar os vários posicionamentos na literatura e nos tribunais a respeito do tema, critica a dicção constitucional<sup>47</sup>, conquanto reconheça que a quase unanimidade da doutrina especializada reconheça a imprescritibilidade da ação de ressarcimento dos danos causados ao erário (2013, p. 1910-1913).

Por fim, alguns entendem que a imprescritibilidade abrange tanto o dano material quanto o prejuízo moral efetivamente suportado pelo Estado, como Fábio Medina Osório (1997, p. 4). Juarez Freitas defende, porém, que a imprescritibilidade não se pode estender ao dano moral eventualmente suportado pela Administração Pública (2005, p. 5).

A par das considerações gerais expostas até então neste capítulo, apresentam especial relevância e valia ao objetivo do trabalho a tipologia dos atos de improbidade administrativa, em categorias bem definidas e sistematizadas – atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e que atentam contra os princípios da

---

<sup>47</sup> A clareza e percuciência da análise impõem sua transcrição: “É dizer, a responsabilidade administrativa do agente público (...) não apresenta novidade alguma no direito constitucional brasileiro. O mesmo não se pode dizer a respeito da norma alusiva à imprescritibilidade das ações de ressarcimento, novidade um tanto exótica, mas novidade constitucional.

Exótica porque, como sabemos, a prescrição é a regra geral no sistema jurídico brasileiro. Não há conduta, por mais grave que seja violadora da ordem jurídica, que não encontre no tempo à sua redenção.

Até a máxima violação do direito, de alguém que injustamente tire a vida de outrem, encontrará em abstrato a pena e sua prescrição. Mas entendeu o constituinte de excepcionar, na parte final da regra em comento, as ações de ressarcimento, beneficiando, de um lado a acomodação das Fazendas Públicas que poderão, a qualquer tempo, aparelhar esta ação contra o causador do ato ímprobo ou lesivo causado por servidor ou terceiro. De outro lado, o agente ou seus herdeiros, do mesmo modo, podem ser atingidos, a qualquer tempo por esta ação estatal.

Como sabemos, a prescrição nada mais é do que um mecanismo para absorção de incertezas. Para eliminá-las o ordenamento jurídico cuida de impor limites temporais. (...) No direito brasileiro a regra é exatamente a prescrição. Raros são os casos de ações imprescritíveis (...).

Na Constituição temos também algumas exceções expressas, a saber: a) a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII); b) a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV).

O dispositivo é um tanto demagógico porque trabalha com dados da fantasia. (...) Fica muito difícil imaginar que depois de 30 ou 50 anos possa o Estado aparelhar ações de ressarcimento. Muito provavelmente as pessoas envolvidas, as provas, as testemunhas já terão desaparecido.

Teria sido muito melhor que a constituição trabalhasse com prazos do Código Civil, pois estamos diante de ressarcimento, tema eminentemente civil e não constitucional. Ademais, não obstante a independência formal das instâncias (civil, penal e administrativa) – não atende à simetria, a lógica ou a filosofia das punições e das sanções –, [sic] a existência de prazos completamente disparados ou de normas aparentemente incompatíveis (art. 12 e 23 da Lei 8.429/92), pois o fato é único que dá ensejo às diversas possibilidades de sanção estatal”. (2013, p. 1910-1913) (s/ grifos no original).

administração (artigo 11) –, sendo os dois primeiros gêneros examinados na sequência, bem como o elemento subjetivo, de acordo com cada um dos grupos de atos de improbidade administrativa.

### 2.3 Tipologia dos artigos 9º e 10

Já foi dito que a Lei de Improbidade Administrativa corresponde a um sistema normativo próprio de responsabilização judicial civil dos agentes públicos (e equiparados), a um código geral de conduta do agente público que constitui uma via própria, a qual independe da esfera penal, administrativa ou puramente cível (*e.g.*, eventual ação individual de responsabilidade civil em curso). Organiza-se em três tipos, de acordo com a gravidade e natureza do ato: atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º), atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e atos que atentam contra os princípios da administração (artigo 11)<sup>48</sup>.

De modo geral, indica-se que a estruturação dos três artigos seguiu uma lógica que contempla, simultaneamente, a estatuição de uma cláusula geral exemplificativa (*caput* dos artigos), “que busca a formulação de um conceito aplicável a uma série apriorística e propositadamente indefinida de casos”, e hipóteses casuísticas, que configuram a hipótese legal circunscrevendo grupos particulares de casos em sua especificidade própria (MELLO, 1995, p. 4).

Nesse sentido, a expressão *e notadamente* de cada artigo confirma a técnica escolhida pelo legislador de conjugação de métodos (comunhão entre as cláusulas gerais do *caput* de cada um dos preceitos e o método casuístico adotado pelos respectivos incisos). Veja-se: os artigos definem como atos de improbidade administrativa **todos** os que importarem em enriquecimento ilícito (artigo 9.º), em lesão ao erário (artigo 10) e em violação aos princípios da Administração Pública (artigo 11), ao mesmo tempo em que, com a locução *e*

---

<sup>48</sup> Não se ignora a existência de atos de improbidade administrativa, praticados por agentes públicos, contidos fora da Lei n. 8.429/92 – *i.e.*, no Estatuto da Cidade e na Lei 9.504/97, em que são previstos atos de improbidade eleitoral. Porém, salvo melhor juízo, desbordam do estreito objeto deste ensaio.

notadamente, “abrem espaço para diversos exemplos de cada um dos três grupos de improbidade”<sup>49</sup> (MELLO, 1995, p. 4).

Importa ao presente trabalho breve estudo dos tipos dos artigos 9º e 10. É que, conforme será exposto, o artigo 11 é visto como norma de reserva às hipóteses de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Ou seja, ainda que não se prove o enquadramento nos artigos anteriores, pois não demonstradas as consequências de um ato de corrupção em sentido amplo, ainda assim seria possível a responsabilidade por esse ato, uma vez que ele se mostra contrário aos princípios da Administração Pública.

### 2.3.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

Indo-se às categorias propriamente ditas de ilícitos, a primeira é a do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, que se caracteriza pelo recebimento, por parte do agente

---

<sup>49</sup> Malgrado não seja o enfoque principal deste ensaio, não se pode deixar de dar relevo à Lei n. 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção” (nomenclatura que bem assemelha a lei a um antídoto certo contra um mal ou a um repelente infalível), que, dispondo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira, criou hipótese de responsabilidade objetiva (conforme artigo 2º), nos seguintes termos: “art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (...); V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional” (grifou-se).

Salta aos olhos a contradição entre o *caput* e os incisos.

Teria, a lei, de fato, criado uma fórmula geral e abrangente de responsabilidade, nos moldes dos artigos 9 a 11 da Lei de Improbidade Administrativa? Não se acredita, pois: i) a expressão *assim definidos* parece restringir, embora paradoxalmente (em vista do vocábulo *todos*), a interpretação do período que lhe antecedeu, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa deixa claro pelo termo *notadamente* a coexistência entre uma fórmula geral e fórmulas mais específicas; ii) a Lei Anticorrupção não relaciona, em seus incisos, de nenhuma conduta violadora dos princípios da administração, tal como faz a Lei de Improbidade Administrativa no artigo 11, mas existe tal paralelo com o artigo 9º da Lei n. 8429/1992, vez que se relacionam atos que geram enriquecimento ilícito; iii) tampouco há qualquer conduta estabelecida nos incisos que se enquadre como culposa, ainda que a norma dispense a perquirição do elemento subjetivo, ao contrário do que ocorre no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Destarte, pode-se interpretar como eloquente o silêncio da Lei Anticorrupção: Sem embargo da má técnica legislativa do artigo 5º, a Lei anticorrupção quis restringir sua aplicação aos casos mais graves, não incorrendo na indevida abertura da Lei de Improbidade Administrativa, que permite, em tese, que até um acidente envolvendo veículo do Estado com culpa leve seja caracterizado como improbidade administrativa.

Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior entendem taxativo o rol desse artigo, embora não adentrem à clara contradição apresentada pelo *caput* (2014, p. 6).

público, de qualquer vantagem patrimonial indevida que decorra do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º da lei e que constitua tratamento doloso e ímprobo<sup>50</sup> (LAGO, 2001, p. 7).

Infere-se, assim, que o ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito tem como núcleos básicos (elementos do tipo), seja da categoria genérica de responsabilização do *caput*, seja das condutas específicas dos incisos (por decorrência lógica): i) auferir vantagem em razão do mister público exercido, com ou sem prejuízo material para a administração; ii) que tal vantagem seja ilícita; iii) considerando a impossibilidade lógica de se imaginar a vantagem *indevida* sem intenção deliberada ou má-fé, o ato há de ser necessariamente doloso e desonesto, consoante, inclusive, restou definido acima.

Para Waldo Fazzio Júnior, “qualquer atuação suscetível de gerar enriquecimento ilícito pressupõe a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. A própria conduta delinea o dolo: a agente obtém vantagem que sabe indevida” (2008, p. 98).

As hipóteses casuísticas, em menor ou maior grau, especificam a figura geral disposta no *caput*. Por exemplo, o recebimento, pelo agente público, de qualquer vantagem econômica (desde presentes até propina) de quem possa ser atingido por ação ou omissão do agente (v.g., incisos I, VI, IX e X); utilização em proveito próprio ou de terceiro de bens ou servidores públicos (incisos IV e XII).

Destoa, no entanto, a rumorosa hipótese do inciso VII, a qual, do modo como positivada, dá a impressão de que se teria estatuído a penalização civil do enriquecimento ilícito sem que se demonstre desonestidade e efetiva obtenção de vantagem patrimonial indevida. E mais: ao caracterizar como ato de improbidade “adquirir para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”, a lei acaba, na prática, gerando absurda inversão do ônus probatório contra o agente<sup>51</sup>, à feição de uma ilegítima e indesejada responsabilidade objetiva (sem exame de culpabilidade) do agente. Entretanto, a melhor doutrina recomenda seja a disposição encarada *cum granu salis*, apresentando as seguintes considerações a seu respeito:

---

<sup>50</sup> Desonesto, vale dizer.

<sup>51</sup> O que é, alias, o pretendido com as famigeradas “Dez medidas contra a corrupção”, do Ministério Público Federal: transformar em figura típica o enriquecimento ilícito, criando conduta sujeita ao direito penal que, na prática, impõe ao réu provar a inocência, pois garante o sucesso da acusação com a mera demonstração da “incompatibilidade” dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público.

a) ao autor [MP ou entidade lesada] incumbe comprovar a desproporção entre os bens e a renda do agente, inexistindo inversão do ônus da prova; b) a Lei 8.429/92 refere-se à aquisição de bens de valor desproporcional à renda, o que representa efetivo sinal exterior de riqueza; c) a *mens legislatoris* não guarda sinonímia com a *mens legis*, tendo relevância meramente histórica; e d) o *caput* do art. 9º contém conceito jurídico indeterminado, enquanto que os diversos incisos do referido preceptivo abrangem situações fáticas autônomas e específicas. (OSÓRIO *apud* GARCIA, 2005, p. 12) (grifos do original).

Sem embargo do acerto quase total da lição acima, fica a ressalva relativa à autonomia dos incisos, mencionada no ponto “d”, haja vista que não seria possível, sob pena de desrespeito a mais comezinha regra hermenêutica, defender a autonomia absoluta do inciso VII do artigo 9º e ignorar a estrutura normativa básica do *caput*. Isto porque, reprisa-se, apenas se admite a aplicação do inciso VII se demonstrado também o enquadramento dos elementos do *caput*, quais sejam: ser o ato doloso, ímprobo (correspondente à má-fé) e a vantagem indevida, isto é, concretamente ilícita e não *ilícita por abstração*, por *ilação*. Qualquer entendimento em prol de suposta autonomia absoluta do dispositivo<sup>52</sup> equivale a simplesmente desnaturar o ato de improbidade que gere enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, é válida e oportuna a fórmula de Marcelo Figueiredo, de aplicação geral e adequada de qualquer hipótese do artigo 9º:

- 1) Presença de agente público ou terceiro na relação jurídica acoimada de “imoral” (ato de improbidade administrativa);
- 2) presença do elemento “vantagem patrimonial indevida”, na mesma relação jurídica;
- 3) ausência de fundamento jurídico apto a justificar a vantagem retrocitada e a conduta do agente público ou terceiro;
- 4) presença de elo ou nexo fático entre a vantagem retrocitada e a conduta do agente público ou terceiro. (1995, p. 38) (grifou-se).

A mesma linha de raciocínio é impositiva para a figura do inciso VIII<sup>53</sup>. A hipótese tampouco pode ser tida por totalmente autônoma do *caput*, isto é, há de ser demonstrado o dolo, a intenção de auferir vantagem que sabe indevida, e o nexos de causalidade entre esta vantagem e o emprego, comissão ou assessoria exercidos, sob pena de desnaturação do ato de improbidade do artigo 9º, o mais gravoso, por excelência, da Lei de Improbidade

<sup>52</sup> Privilegiando a interpretação “gramatical” do inciso VII, a mais pobre, como sabido, em detrimento do exame sistemático e teleológico da lei.

<sup>53</sup> “VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”.



Administrativa, a teor das sanções para ele prevista. A se ver sob outro viés a norma – no sentido da desnecessidade de se vislumbrar o enriquecimento, a má-fé na conduta do assessor ou consultor ou o claro conflito de interesses implicado – haveria ele então de ser localizado no artigo 11, pois em algumas situações poderia haver uma regra de conduta que concretamente violaria a impessoalidade e, eventualmente, a lealdade à instituição.

### 2.3.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

A segunda categoria de ilícitos de improbidade é a do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992. O ponto de partida lógico desse gênero é o artigo 5º, que impõe o ressarcimento integral do dano à lesão ao patrimônio público decorrente de ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro.

Interessa reprimir, ainda, o descompasso entre o sentido semântico conferido ao termo improbidade (desonestidade, perversidade, má-fé) e o seu conteúdo jurídico, que abarca, além dos atos considerados desonestos, as lesões, ainda que não intencionais, ao dever de boa-administração (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 56-57; GARCIA, ALVES, 2013, p. 137-138).

Tal descompasso é o que marca a autorização legal para se repreender as lesões não intencionais ao patrimônio público. Fábio Medina Osório segue a mesma linha de raciocínio ao aduzir que “*improbitas* traduz desonra, e esta abrange várias modalidades de comportamentos ofensivos. Essa abertura semântica, no plano ético-normativo, abre a possibilidade para construções que alargam em busca de ilícitos culposos” (2009, p. 2) (grifos do original).

Entretanto, o mesmo autor adverte que devam existir, no seio da atividade administrativa, erros que sejam juridicamente toleráveis. Segundo ele, equívocos decorrentes da assunção responsável de riscos, de ousadia e da própria complexidade exigida na tomada de decisões fomentam, indiretamente, a boa gestão pública e, portanto, se faz imperativo tolerá-los (2012, p. 4).

Ruy Pereira Camilo Júnior identifica posições minoritárias que, com base na origem gramatical da palavra, inquinam de inconstitucionalidade a previsão culposa contida no artigo 10 da Lei n. 8.429/1992. Reputa, no entanto, excessivo o entendimento de que ao legislador infraconstitucional seria vedado estender as hipóteses de responsabilização e sancionamento

do agente público para o comportamento culposos, não vislumbrando qualquer afronta a normas da Lei Maior (2011, p. 7).

Superada a questão inicial, salta aos olhos a abertura excessiva da cabeça do dispositivo, que afirma constituir ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário toda e qualquer “ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”. Mesmo nas hipóteses mais “fechadas” de seus vinte e um incisos<sup>54</sup>, cabe uma gama enorme de situações possíveis, o que abre uma fértil e indesejada seara para toda a sorte de abusos. Por isso, expõe Juarez Freitas:

Deveras, a avaliação do grau de violação há de, outra vez, tomar em conta a extensão do dano, desconsiderando-se a infração leve ou levíssima e que não revelar inequívoca desonestidade. Em outras palavras, urge ver preservada a simétrica compatibilidade das eventuais sanções aplicadas com o ato ou omissão em foco, sob pena de desproporcionalidades irremissíveis, numa afronta manifesta ao próprio princípio da moralidade, vinculado umbilicalmente à idéia de proporção, cujo prestígio, por fortuna, a pouco e pouco, parece crescer em nosso ambiente. (2005, p. 10)

Em respeito à necessária proporcionalidade que deve existir entre o ato ímprobo praticado e a sanção cominada, não se pode pretender dosar um ato culposos, que se enquadre em uma das hipóteses do artigo 10, da mesma forma como um ato doloso que importe em lesão ao erário, cabendo invocar o princípio constitucional, tipicamente penal, da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal). Recomenda-se, inclusive, que nos casos de improbidade culposa não sejam aplicadas as sanções e medidas mais gravosas, tais como a indisponibilidade de bens, o afastamento cautelar, a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública, por imperativo de proporcionalidade e individualização da pena.

---

<sup>54</sup> Veja-se que algumas hipóteses casuísticas não admitem a modalidade culposa, ao passo que outras abrem essa possibilidade. Exemplos do primeiro tipo: “I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”; “III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie”. Exemplos do segundo tipo: “XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

Fábio Medina Osório esclarece o alcance do conceito de culpa para a Lei de Improbidade Administrativa:

Culpa é a inobservância de deveres objetivos de cuidado em relação a evitar certos comportamentos considerados nocivos aos bens jurídicos protegidos. Culpa grave, erro grosseiro, são requisitos da improbidade culposa. Gravidade da intolerável ineficiência funcional é outra espécie de patologia, mas igualmente implicada na improbidade. Incisos dos arts. 10 e 11, dependendo da estrutura redacional específica, comportam, ao nosso ver, enquadramento na categoria da culpa grave (2012, p. 14)

De se ver, além do mais, que de modo geral um ato que importe enriquecimento ilícito também gerará prejuízos ao erário, isto é, em inúmeras hipóteses o artigo 10 servirá de norma de reserva para o artigo 9º (FIGUEIREDO, 1995, p. 48).

Dito de outra maneira, aparentemente a Lei de Improbidade Administrativa pretende, na impossibilidade de se demonstrar o enriquecimento do agente, seja este, ainda assim, responsabilizado nos termos da lei por conduta que tenha gerado a lesão ao erário, esta de mais fácil demonstração. Endossa essa conclusão, inclusive, a menor gradação das sanções no ato de improbidade do artigo 10 relativamente às reprimendas do artigo 9º.

Cristiano Álvares Valladares do Lago entende que a lesão ao patrimônio moral da entidade está compreendido no artigo 10 da lei:

Em regra, é possível haver lesão ao erário sem enriquecimento ilícito, sob o aspecto patrimonial, mas nunca sob o aspecto moral. Da mesma forma, é possível haver enriquecimento ilícito sem prejuízo patrimonial ao erário, mas é impossível que tal aconteça sem que haja lesão moral, também prevista no dispositivo em comento. A *voluntas legis* é evitar e coibir qualquer tipo de lesão ao erário, este compreendido não só como patrimônio financeiro, mas também moral. (2001, p. 7) (s/ grifos no original).

O mesmo autor critica a admissão, pela Lei n. 8.429/1992, da forma culposa, enxergando uma incompatibilidade lógica entre a previsão do artigo 10, *caput*, e as formas tradicionais de culpa:

A despeito de prever o dispositivo (art. 10) a modalidade culposa (...), há de se entender não ser possível conceber que um agente público, sem dolo ou voluntariedade, possa comportar-se de modo desonroso, ímprobo ou desonesto, a ponto de produzir dano ao erário público. O elemento subjetivo da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) não se coaduna com o corpus delicti da infração disciplinar em apreço. Por culpa (em sentido estrito), a ação do servidor, ou do agente político, que cause

prejuízo ao erário, poderá, quando muito, ensejar a sua responsabilidade civil, nos termos do art. 159 do CC e do art. 5.º da Lei 8.429/1992. (2001, p. 7) (grifou-se).

É certo, neste caso, que o prejuízo extrapatrimonial será significado monetariamente, para fins de aplicação das sanções previstas na lei.

### **3. TIPOLOGIA NORMATIVA E SEUS ASPECTOS PUNITIVOS: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR LESÃO A PRINCÍPIO – TIPOS DO ARTIGO 11 E CASUÍSTICA**

Os capítulos 3 e 4 são os pontos fundamentais deste trabalho, uma vez que objetivam investigar quais as possibilidades punitivas do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa – correspondente aos atos de improbidade que acarretam lesão a princípios da Administração Pública. Traçam-se considerações da doutrina sobre os tipos do *caput* e incisos do artigo, focalizando nos limites propostos por ela; analisa-se o panorama da jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, elencando também casos que ilustram a problemática abordada neste trabalho; estuda-se, sob a perspectiva da aproximação ao direito penal, o elemento subjetivo do ato de improbidade e, ainda sob esse enfoque de aproximação, verifica-se quais são os princípios e institutos de direito penal aplicáveis à Lei de Improbidade Administrativa, conferindo especialmente racionalidade ao microsistema inaugurado por esse diploma normativo.

Não se deve, porém, por evidente, denegar importância aos estudos até agora efetuados. Vale dizer, é relevante entender a vagueza e indeterminação do conceito de probidade e moralidade; os fundamentos histórico-legais e sociais da proteção a esses princípios, do “combate” à corrupção em todos os instrumentos legais; a origem constitucional que possibilitou a criação da Lei n. 8.429/1992 nos moldes hoje observados. Não se perca de vista, ainda, a gravidade das sanções e medidas preventivas e o contraste delas com o esquema de tipificação da norma sob espeque, as interconexões entre os tipos legais dos artigos 9º, 10 e 11.

#### **3.1 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública**

Importa, de plano, com o avizinhamento ao objeto central do trabalho, tecer considerações de ordem crítica e propedêutica.

Com efeito, desde seu nascedouro – e mesmo sem examinar sua repercussão na práxis jurisprudencial – o artigo 11 encontra pontos de tensão em relação a premissas básicas do ordenamento: i) com a teoria geral do Direito, na medida em que traz à tona as inter-relações entre direito e moral, sob a peculiar perspectiva de uma tutela repressiva; ii) com a segurança jurídica e a legalidade, ao instituir múltiplas e severas sanções decorrentes de lesão a princípios, os quais, por definição, caracterizam-se pela abstração, pela textura aberta; iii) com a lógica do Estado Democrático de Direito, no qual somente são permitidas restrições a direitos fundamentais com base em regras claras, não se coadunando com a excessiva generalidade de normas que assumem a configuração de atos ilícitos, sobretudo se as possíveis consequências advindas de tais normas forem especialmente gravosas.

Desse modo, ainda que anteriormente à oportuna pormenorização das tensões descritas, não se perde de vista a real problemática atinente ao tema, evitando-se que em torno dele parem anuviamentos ou simplificações indevidas.

Tais anuviamentos, vale ressaltar uma vez mais, decorrem de fato de que a natureza jurídica da Lei de Improbidade não é exata. Ora, não são penais os ilícitos elencados na lei, a julgar pelas penalidades aplicadas (inexiste pena privativa de liberdade). A redação, em seu turno, observa o estilo das leis cíveis e não ao das leis penais, nas quais se verifica a descrição de uma conduta proibida seguida de uma pena. Porém, a interpretação a ser dada a ela é equivalente ou deveras aproximada à das leis penais, pois se trata de uma lei cuja aplicação acaba por restringir direitos de diversas categorias mediante a aplicação de penalidades. Portanto, ao menos para fins interpretativos, deve-se encará-la como se norma penal fosse, com as consequências que disso se extrai (HARGER, 2010, p. 1).

Dito isso, tem-se que o artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa determina que os “agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. A norma reflete, no plano legal, o artigo 37, *caput*, da Constituição<sup>55</sup>. De mais a mais, é apontado como o fundamento para a aplicação do artigo 11 da Lei (improbidade por lesão a princípios). Fábio Medina Osório comenta que o legislador, a partir da redação desse dispositivo se vale de cláusulas gerais e conceitos jurídicos

---

<sup>55</sup> À exceção do princípio da eficiência, que veio a ser incorporado pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, ou seja, após a previsão do artigo 4º. Sem embargo, a doutrina argumenta que a eficiência vincula a atuação do agente público (como não poderia deixar de ser), mesmo no âmbito da Lei n. 8.429/1992.

indeterminados, consagrando, destarte, o modelo de aplicação judicial do direito, modelo, inclusive, que permeia toda a lei (1997, p. 4).

O artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa segue a mesma lógica, catalogando os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública. Nos mesmos moldes dos artigos anteriores, associa a uma fórmula genérica – sempre disposta no *caput* – hipóteses relativamente autônomas, em caráter exemplificativo. Eis o dispositivo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (grifou-se)

Portanto, a visão da sistemática legal permite deduzir que, em se tratando de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração, pode inexistir resultado “material” danoso (enriquecimento ilícito e/ou prejuízo ao erário), mas, ainda assim, restar configurado o ato de improbidade. Neste caso, consoante se defenderá adiante, é fundamental que tenha havido **dolo** – dolo de lesar princípios da Administração Pública –, já que o escopo da norma é atingir as condutas desonestas, desleais, de má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico<sup>56</sup>.

Parte dessa premissa, aliás, o entender segundo o qual o gênero de improbidade do artigo 11 funciona como norma de reserva relativamente àqueles retrocitados (artigos 9º e 10), uma vez que, mesmo inexistindo danos ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito do agente, “será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a

---

<sup>56</sup> Sem nunca olvidar de dissentimentos na literatura jurídica a respeito da necessidade, ou não, de demonstração do elemento subjetivo doloso para a configuração.

inobservância dos princípios regentes da atividade estatal” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 392-393).

Waldo Fazzio Júnior sintetiza bem a questão, afirmando que o ato de improbidade do artigo 11 é aquele, a um só tempo, contrário à principiologia do artigo 37, *caput*, da CF, e o dever imposto no artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa, fundando-se “na má-fé, sem proveito patrimonial do agente público e sem lesividade material á Fazenda Pública” (2008, p. 172).

### 3.1.1 Improbidade administrativa do artigo 11, *caput*

A crítica ao dispositivo principia da aparente falha técnica do legislador na redação do *caput*, pois teria confundido os princípios da imparcialidade e legalidade com os deveres funcionais de honestidade e lealdade, ficando, entretanto, explícito, no artigo 4.º, o reconhecimento da legalidade e da impessoalidade como princípios vetores da Administração Pública (LAGO, 2001, p. 8).

Porém, as principais questões que decorrem da redação, excessivamente aberta e confusa, do *caput* do artigo 11 (e algumas das hipóteses específicas), podem ser resumidas em algumas questões, que serão a partir de agora dissecadas: i) quais são os princípios que a tutela da improbidade administrativa, visa de fato, resguardar?; ii) admite-se o sancionamento do agente público em caso da pura violação de princípios, ou se exige a complementação do disposto no artigo 11 por outras regras do ordenamento?

Inicialmente, a lógica jurídica supõe que decorre do título da seção e do *caput* que a lesão a princípios da administração não se esgota na previsão genérica do artigo 11. Na verdade, defende-se a perfectibilização do ato de improbidade a partir da violação de princípios outros da administração pública, como o da eficiência<sup>57</sup>, e até implícitos, transcendendo, para alguns, a mera desonestidade<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Harada argumenta que “o conceito de improbidade abrange o de moralidade, mas nem sempre a improbidade administrativa implica transgressão ao princípio da moralidade administrativa, como no caso de simples incompetência do agente público que se limita a violar o princípio da eficiência” (2000, p. 3). Também admitindo o enquadramento da eficiência no artigo 11, embora implicitamente: BANDEIRA, 2010, p. 17.

<sup>58</sup> “Ousamos dizer que probro não é só o agente perfeito, impecável, que não comete nenhuma ilegalidade ou que jamais quebra os esquemas de eficiência ou de impessoalidade. O sujeito pode errar, praticar ilegalidades ou ainda incorrer no vício da ineficiência, além de romper com a impessoalidade, ou inclusive com a publicidade,



Algumas posições vão além. Por exemplo, registra-se afirmação corrente em manual prático direcionado a membros do Ministério Público Federal, que advoga o seguinte:

As previsões da lei são exemplificativas, ou seja, não esgotam as possibilidades. Existem outros princípios que regem a administração pública e cuja inobservância pode revelar improbidade administrativa, como aqueles estabelecidos na Constituição, tanto no art. 37 – que mencionava, originalmente, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade (repetidos no art. 4º da Lei n. 8.429/1992), e passou, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, a contar também com a eficiência –, quanto em outros dispositivos: participação dos usuários dos serviços públicos e transparência (art. 37, § 3º), dever de o agente público dar satisfação de seus atos e prestar contas (art. 58, § 2º, V, e art. 70), continuidade das políticas públicas (arts. 165 e 166, §§ 1º e 2º) etc.

Exemplo: se um secretário de saúde deixa, sistematicamente, de prestar esclarecimentos à população sobre a justificativa para a escolha das prioridades e dos modos de implementação de políticas públicas (por exemplo, por que a compra de ambulâncias e não a ampliação do hospital?), comete improbidade administrativa. (BARBOZA, 2013, p. 62)

Como se vê, chega-se ao extremo de supor que uma escolha política que não se mostre a mais adequada no entender de algum membro do Ministério Público poderia ser configurada como improbidade.

Aponta-se, ainda, que o desrespeito a princípios outros, não exclusivamente àqueles estruturantes da Administração Pública, mas também a qualquer princípio constitucional relevante, seria fundamento suficiente para gerar o enquadramento no *caput* do artigo 11.

Neste sentido, certa literatura especializada tem se inclinado pelo uso do mecanismo da Lei de Improbidade Administrativa em prol do resguardo de quaisquer valores tidos como elevados no ordenamento jurídico pátrio. Trata-se de propostas como a tipificação de ato de improbidade por descumprimento do dever de acessibilidade a prédios e concursos públicos para as pessoas com deficiência, defendida por Nuno R. Coelho Pio (2016)<sup>59</sup>; a tipificação e sancionamento de ilícitos de agentes públicos e terceiros na Lei de Acesso à Informação

---

sem que, com isso, torne-se necessariamente “improbis” [desonesto, consoante explicou no texto o autor]. O sujeito pode não ser um agente público paradigmático ou exemplar, mas, ainda assim, mostrar-se digno da probidade, mesmo que enquadrado na categoria dos inoperantes ou profissionalmente fracos.

Esse raciocínio vale tanto para a compreensão da LGIA, quanto para o entendimento correto de tipos sancionadores de delitos contra a probidade, espalhados pelo ordenamento jurídico-penal. Não se pode adotar uma visão demasiado rígida ou formalista para embasar o enquadramento punitivo ou a improcedência de uma imputação” (OSÓRIO, 2009, p. 23) (grifou-se). Porém, o mesmo autor adverte, em outra obra: “os casos de improbidade associados à grave ineficiência funcional de agentes públicos serão, naturalmente, excepcionais, integrando uma pauta extraordinária cujos requisitos haverão de ser aquilatados cautelosamente pelos controladores” (2007, p. 176) (grifou-se).

<sup>59</sup> O autor equipara ato ilegal a ato ímprobo, problema sério que, ver-se-á, deságua na jurisprudência pátria, sendo combatido por boa parte da literatura especializada.

Pública, de José Roberto Pimenta Oliveira (2014); a caracterização da improbidade administrativa por lesão ao patrimônio cultural, de Augusto César L. Resende e Vladimir Passos de Freitas (2013) <sup>60</sup>.

Nem sempre se examina, com grande atenção, os fundamentos e idiosincrasias da Lei de Improbidade Administrativa nestes trabalhos. Há de sempre ter em vista as questões postas e debatidas na seara específica da improbidade – como a tipificação dos atos, a proibição de equiparar ato ímprobo a qualquer ilegalidade, a análise do elemento subjetivo necessário.

Princípios do Estado de Direito são também princípios que a Administração Pública deve observar. Contudo, não se pode pretender a proteção desses valores superiores por meio da via de responsabilização por improbidade administrativa a todo o custo, manufaturando ilícitos (sem regras específicas proibitivas) e forçando a interpretação de um mecanismo que não pode ter sido criado para todo tipo de desrespeito a normas. Trata-se de lei de reserva no ordenamento.

Nessa senda, cumpre apontar crítica generalizada à hipótese do *caput* do artigo 11: a abertura foi tal que simplesmente igualou ao ato de improbidade toda e qualquer ilegalidade.

Para Mauro Roberto Gomes de Mattos, a ausência de definição legal do que seja o ato de improbidade administrativa suscitou a ampla utilização da ação respectiva, gerando grandes equívocos, uma vez que possibilitou ao intérprete a visão de que “atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público, fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei” (2005, p. 1).

Nelson Nery Jr. não dissente, traçando em parecer interessantes apontamentos:

Não há que se confundir *ato ilegal* com *ato ímprobo*, fato que tem sido muito comum no foro brasileiro, fazendo-se da lei de improbidade remédio para todos os males (...). Doutrina e jurisprudência têm advertido a comunidade jurídica para que esse equívoco, essa distorção seja evitada. Meras irregularidades ou mesmo ilegalidades manifestas não são, *per se*, aptas a caracterizar improbidade administrativa (...) Ilegalidade não é improbidade, sob pena de *errores in iudicando* e *errores in procedendo* dos juízes serem acoimados de atos de improbidade, ou todos os mandados de segurança que tiverem sido acolhidos pelo Poder Judiciário – porque o ato coator foi *ilegal* –, trariam como consequência o apenamento da autoridade coatora por improbidade administrativa!! (2014a, p. 6) (grifos do original).

---

<sup>60</sup> Em que se defende que a inobservância dos princípios regentes da tutela do patrimônio cultural pode caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa do artigo 11

E, na mesma trilha argumentativa, Marcelo Figueiredo, após chamar a atenção para a observância dos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso no exame dos atos dos artigos 9º, 10 e 11, expõe o pecado em excesso da lei ao equiparar o ato ilegal ao de improbidade:

O legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade (1995, p. 60).

A observação vale também para a hipótese do inciso I, também de larga abertura semântica, que, em proteção aos (implícitos) princípios da supremacia do interesse público e da finalidade, visa combater o que se rotula por *desvio de poder*, *desvio de finalidade* e *ausência de motivos*, ou seja, aqueles atos com revestimento de legalidade apenas, mas que não o são em substância (Figueiredo, 1995, p. 62). Aqui também vale limitar a ânsia punitiva tão somente aos casos nos quais os elementos especiais do ato de improbidade saltam aos olhos.

Imbricada à questão precedente (equiparação de qualquer ilegalidade a improbidade, em razão da falta de apuro da lei), encontra-se outro tema de enorme potencial problemático, mas não raras vezes ignorado ou subestimado pela doutrina: a possibilidade de condenação do agente público unicamente com base em lesão a algum princípio da administração, sem a concretização em outras regras proibitivas do sistema<sup>61</sup>.

Há, na literatura especializada, quem enxergue mais apuradamente os problemas que advêm da possibilidade de se condenar algum agente público exclusivamente com base na lesão a princípio, apontando séria questão de segurança jurídica, para além de uma visão romântica, ou mesmo desavisada, mas celebrada como avanço, de que a norma protege princípios nobres do ordenamento – aqueles norteadores da atividade da Administração Pública.

Ainda que de forma tímida, sem entrar a fundo na questão, José Antônio Lisboa Neiva adverte que a simples violação de princípios encartados no artigo 4º e no artigo 11, *caput*, não

---

<sup>61</sup> De fato, a maior parte da bibliografia especializada (FAZZIO JÚNIOR, COSTA, TORRES, HARADA, NEIVA, entre outros) deixa de analisar a questão mais a fundo, atendo-se à observação de que não basta qualquer ofensa à legalidade para a configuração da improbidade. Porém, tal proposta, conquanto válida, não esgota os problemas que advêm da aplicação do dispositivo.

se presta a caracterizar o ato de improbidade, conquanto a literalidade da lei possibilite tal entender. Sustenta a necessidade de conjugação de outros elementos para configurar o ato de improbidade, como a deslealdade ou desonestidade, para a delimitação exata do que se deve entender como conduta ímproba para os fins da lei (2013, p. 53-54).

Nelson Nery Jr., em mais de uma ocasião, fundamenta a repulsa à genérica responsabilização por violação a princípio:

Os termos genéricos da LIA 11 impendem ser complementados por texto normativo constitucional ou legal para que possa incidir na hipótese concreta. Não pode haver conduta sancionada pela LIA que contenha ofensa direta aos princípios constitucionais. É necessário e imprescindível que haja intervenção legislativa para que isso possa ocorrer, sob pena de grave insegurança jurídica.

A violação de princípios genéricos com as severas penas da LIA constitui drástica medida que ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois equipara o ato ilegal ao ato de improbidade. (2014a, p. 5) (grifou-se).

De início, cumpre esclarecer que os princípios jurídicos constituem normas de texto mais abstrato e impreciso que as regras. Justamente por possuírem essa maior vagueza, a utilização dos princípios jurídicos, seja na qualidade de *topoi* argumentativo ou como fundamento de decisões judiciais, deve ter seu conteúdo devidamente pormenorizado para ser aplicado ao caso concreto, sob pena de se caracterizar verdadeira insegurança jurídica. (2014b, p. 11) (grifou-se).

Fábio Medina Osório também não concorda com a possibilidade:

Outra decorrência lógica da estrutura da LGIA é que não cabe imputar improbidade a alguém tão- somente com base em violação a princípios, sejam legais, infra-legais ou constitucionais. A ideia de princípios, que se opõe à de regras, na doutrina, delimita uma abrangência muito maior no raio de alcance da norma. As regras têm pretensão de decidibilidade maior e ofertam segurança jurídica em maior grau ao destinatário. O compromisso dos princípios é com outro tipo de valor: é com a funcionalidade sistêmica, embasamento hermenêutico, alcance finalístico. (2009, p. 22) (s/ grifos no original).

Complementa o raciocínio, argumentando que não se cogita de improbidade em virtude da violação pura de princípio, afigurando-se necessário o desrespeito a regras completivas. Não configura ato de improbidade, tão pouco, mesmo a vulneração direta aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, pois se deve constatar agressão a outros dispositivos complementares, inclusive com assento constitucional (2009, p. 25).

Propõe, por fim, que o conceito de improbidade administrativa, para observância do conteúdo jurídico exigido pela Constituição (artigo 37, parágrafo 4º), deva ser delineado conforme as seguintes asserções:

(A) Categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo. (B) Espécie de Má Gestão Pública, onde podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares. (C) Exige vulneração de regras legais e princípios (ou regras) constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes. (D) Se perfectibiliza preponderantemente a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas, e jamais pela simples violação a princípios. (2009, p. 25-26)

Edilson Pereira Nobre Júnior dedica atenção mais detida aos possíveis desdobramentos na aplicação do artigo 11 à luz da segurança jurídica. Nas primeiras linhas de seu diagnóstico, externa preocupação com a aplicação da norma, pois:

O objetivo de coibir, com o recurso ao jus puniendi estatal, práticas lesivas ao interesse coletivo não justifica o desapego a garantias que, historicamente, incorporou o Estado de Direito nas suas diversas fases. Em segundo lugar, a incidência de tal norma desprovida de ajustes objetivos poderá conduzir a um resultado contrário à dinâmica que deve pautar a função administrativa, retirando do administrador qualquer laivo de criatividade, o que, decerto e jamais, foi o objetivo pretendido pela Lei 8.429/1992. (2013, p. 1) (grifou-se).

O autor, fundamentando a necessidade de revisão do que se deve entender por ato de improbidade administrativa por violação a princípio, cita lições de Beccaria e Voltaire, que narram experiências históricas reveladoras da impossibilidade de aplicação de penas não determinadas por lei<sup>62</sup>; menciona decisões de tribunais constitucionais europeus, dando ênfase às exigências do princípio da segurança jurídica – somente observadas quando existe a possibilidade de se predizer, com relevante grau de certeza e clareza, as condutas que constituem infração e o tipo e grau das correspondentes sanções; aduz que a segurança jurídica apenas é cumprida quando os cidadãos conseguem determinar o conteúdo da lei

---

<sup>62</sup> Como a condenação, por Tribunais franceses, baseadas unicamente em sua autoridade, à pena capital para o incesto, malgrado a inexistência de proibição expressa em lei.

aplicável sem esforços insuperáveis, o que exige a promulgação de leis claras e inteligíveis (2013, p. 3-4).

Destaca que a atenção especial na definição dos tipos deve levar em consideração a notória feição punitiva dos efeitos que a improbidade é capaz de acarretar para o agente público ou terceiro, bem como o fato de que tais efeitos são aplicados pelo Poder Judiciário, e não pela Administração, o que “lhes dota da condição de definitivos e não de meramente executórios” (2013, p. 4).

Alerta, diante dessas premissas, ao juízo excessivamente subjetivo permitido ao aplicador do direito – seja magistrado, membro da administração ou pessoa que lide com ela –, advindo seja do *cheque em branco* assinado pela Lei de Improbidade Administrativa ao permitir que lesões à legalidade possam ser punidas; seja, sobretudo, da indefinição a respeito do que consistiria a violação à honestidade, à imparcialidade e à lealdade às instituições, porquanto “aqui nos encontramos no plano dos conceitos indeterminados e, por isso, insuscetíveis de figurarem como integrantes de um tipo punitivo, pena de risco à segurança jurídica” (2013, p. 5).

A indeterminação dos tipos, ademais, subtrai do cidadão tanto a possibilidade de evitar a reprimenda quanto a de controlar a atividade administrativa punitiva.

Prossegue, indicando que uma delimitação objetiva pré-definida é o que se espera de uma conduta cujo enquadramento habilita o Estado ao exercício de seu poder-dever punitivo, em especial, acrescenta-se, na medida em que tais sanções têm o condão de restringir seriamente direitos fundamentais (2013, p. 5).

Razão assiste ao autor, bastando vislumbrar a superação histórica de tipos penais (adultério, sedução) que visavam aproximar o poder de punir do Estado de conceitos indeterminados e de condutas não propriamente injurídicas. Tal fenômeno é fruto de aproximações indevidas entre direito e moral, bem como a presença forte da religião nos assuntos do Estado.

Ainda no entender de Edilson Pereira Nobre Júnior, a abertura legal deve suscitar a admissão generalizada, e desprovida de parâmetros precisos, de atos de improbidade, que, aliada a um denunciismo exacerbado, conduzirá fatalmente ao advento de um *reino da improbidade*, no qual a maior parte das condutas dos administradores – inclusive os probos – seria “sancionada pelo color de sua reprovabilidade, inibindo a dinâmica que deve pautar a função administrativa” (2013, p. 5).

Não sustenta o autor, porém, a inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei 8.429/1992. Apenas advoga um ajuste interpretativo, a partir do cotejo com valores superiores do sistema jurídico, de molde a que a tipificação da hipótese do *caput* não dispense a integração com alguma das situações descritas nos incs. I a VII do artigo 11 da LIA. Entende que essa conclusão se justifica ao se constatar as referências, na Constituição Federal de 1988, tanto ao princípio da legalidade (arts. 5.º, II, e 37, *caput*) quanto à inerente segurança jurídica (Preâmbulo, artigo 5.º, *caput*, XXXVI e XL, e artigo 150, III, *a a c*), valor este ínsito a qualquer ordenamento democrático (2013, p. 6).

Malgrado as valiosas posições acima estudadas, acolhidas neste trabalho como as corretas, não se descarta, de qualquer maneira, de respeitáveis posições que admitem a responsabilização decorrente da lesão pura de princípios.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves reputam suficiente, para configurar ato de improbidade, a lesão “pura”, direta, a princípio. Demonstram que a jurisprudência há muito tempo tutela o princípio da moralidade puramente considerado, ao entender infringentes ao princípio inúmeros atos do poder público (2013, p. 143-146). Arrolam os autores, ainda, variado rol de decisões judiciais, adiante apreciadas, em que existe a responsabilização por lesão a princípios, verificando-se a complexidade da questão.

Apresentam os seguintes argumentos:

Ainda merece breve consideração a postura daqueles que (...) buscam construir um conceito "seletivo" de improbidade (...). Essas concepções (...) não visualizam, na violação dos princípios constitucionais, um elemento estrutural da improbidade, isto apesar de reconhecerem o seu caráter normativo (...).

Fazem menção aos referenciais de imoralidade, deslealdade e ineficiência como importantes vetores de individualização da improbidade, mas, de forma algo paradoxal, advogam a necessidade de sua imperativa integração por uma regra legal, entendimento que estendem à própria aplicação da Lei de Improbidade, que estaria integralmente dependente de complementação por outras normas jurídicas, pois a sua tipologia (...) não teria estabelecido qualquer balizamento direto para a atuação dos agentes públicos. Ora, se os princípios não possuem força normativa suficiente para justificar a punição daqueles que descumprem os valores que condensam, como justificar a existência de deveres jurídicos neles alicerçados? (...) Regras e princípios não são gêmeos siameses, de modo que sempre se movimentem em conjunto. Pelo contrário, são espécies, do gênero norma, cada qual com uma funcionalidade específica, mas tendo, em comum, a imperatividade subjacente ao poder estatal (...).

Como pano de fundo dessa postura seletiva, costumam invocar a necessidade de resguardar a segurança jurídica dos agentes públicos, que não podem ficar à mercê de uma ampla liberdade valorativa do intérprete no delineamento

dos princípios constitucionais. Esquecem, no entanto, de mencionar que o art. 37 da Constituição da República, em seu caput, dispõe expressamente sobre o dever de observância dos princípios regentes da atividade estatal, enquanto o parágrafo 4º conferiu ao legislador a liberdade de conformação no delineamento da improbidade. E o que fez o legislador democraticamente legitimado? Editou a Lei n. 8.429/1992 e qualificou como ato de improbidade a violação dos princípios regentes da atividade estatal. À luz dessa constatação, é sustentável a tese de que a referida Lei viola o princípio (implícito) da segurança jurídica, sendo, por isso, inconstitucional? Ou será que a inobservância de um dever jurídico, como sói ser o cumprimento das normas constitucionais de estrutura principiológica, autoriza a cominação e conseqüente aplicação de sanções? Uma resposta negativa a esse último questionamento, por certo, exigiria uma desconsideração da própria evolução da ciência jurídica, a cada dia mais sensível ao caráter prospectivo do direito e à necessária interpenetração entre texto normativo e realidade, o que jamais será alcançado à margem de juízos valorativos. (...) Deve ser objeto de novas reflexões o entendimento de que "a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto", máxime quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37, caput, da Constituição. Incompetência e eficiência veiculam premissas conceituais que se excluem, não sendo suscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal. (GARCIA; ALVES, 2013, p. 104-105) (grifou-se).

A respeito da discordância dos autores acima, cumpre esclarecer que não se questiona a constitucionalidade da própria norma em criar atos que violariam princípios, mas, sim, que tal norma possa ser utilizada em hipóteses que comportam aberturas semânticas excessivas, quando apenas se vislumbra etérea violação a princípio, sem concretização em outra regra proibitiva e sem respeito aos outros critérios limitadores indicados pelos demais autores estudados neste tópico<sup>63</sup>.

Ademais, acolher o uso da principiológica constitucional para servir de justificativa a indeterminadas figuras ilícitas não se afigura adequado, pois o conceito de princípio existe para aperfeiçoar direitos fundamentais e não para restringi-los, como ocorre no sancionamento por supostas lesões a valores jurídicos incertos e amplos.

Quanto à menção, de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a entendimentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de tribunais estaduais que veem afronta ao princípio da moralidade administrativa em um sem número de atos do poder

---

<sup>63</sup> Por exemplo: recentemente se aprovou a Lei n. 12.813/2013, que instituiu regras caracterizadoras de conflito de interesse para agentes públicos no exercício do Executivo federal e impedimentos posteriores a ele. Vislumbra-se, aqui, a possibilidade de tipificação de algum ato de improbidade cujo fundamento é o artigo 11. Porém, a tipificação deve ser completada por alguma das regras previstas na Lei de Conflito de Interesses, cumprindo com o dever constitucional de legalidade, observando a segurança jurídica e possibilitando ao réu discutir a conduta lesiva imputada.



público, atente-se que em todos os casos verificou-se a lesão a outras regras do ordenamento, que seguramente completam o sentido da vulneração ao princípio. Em alguns casos, embora verificada lesão à moralidade, não seriam casos enquadráveis em atos de improbidade por lesão a princípios, pois faltaria a demonstração do elemento subjetivo<sup>64</sup>. Concluindo, os entendimentos jurisprudenciais contrariam o que os autores advogam no excerto acima.

Portanto, constata-se o acerto das visões estampadas nos excertos doutrinários favoráveis à limitação dos tipos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pois nestas visões está garantida maior racionalidade na aplicação da Lei n. 8.429/1992.

Somente a partir do respeito a tais limites é que a Constituição se resguarda, pois: i) assim se conferem os adequados contornos jurídicos ao que a Constituição da República pretende combater – a improbidade administrativa de fato, e não toda e qualquer conduta irregular do administrador público, que já encontra limite em esferas outras, mais adequadas (sanção administrativa ou reparação civil); ii) preserva-se a principiologia adequada que preside as restrições de direitos fundamentais, ponto adiante pormenorizado; iii) garante-se o devido processo legal, a partir da definição estrita e clara de quais condutas devem ser apuradas e condenadas, garantindo-se aos réus em geral a possibilidade de se defender e contrapor adequadamente as teses acusatórias; iv) resguarda-se a segurança jurídica, na medida em que se garante que as proibições estão expressas na lei, tendo o agente público condições de conhecer as possíveis consequências de seus atos; v) respeita-se a isonomia, ao conferir soluções idênticas a casos idênticos; vi) privilegia-se a eficiência na administração, pois a indeterminação sobre o que o administrador pode ou não fazer “congela” a atuação daqueles que agem de boa-fé.

Abordar-se-á, com a profundidade necessária, o elemento subjetivo do ato de improbidade mais adiante. Desde já, porém, aponta-se a necessidade de demonstrar o dolo, de preferência na modalidade de vontade livre, conduta ímproba (de má-fé), de lesar princípio específico da Administração Pública e desrespeitar regras proibitivas do ordenamento. Veda-

---

<sup>64</sup> Vejam-se alguns exemplos: a) a participação de Juiz integrante de TRT em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do votante – vê-se aqui que o ordenamento veda a participação de magistrados, por parcialidade ou impedimento legal, em processos litigiosos, não haveria de ser diferente a regra para um procedimento administrativo de escolha de membro; b) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para vigor na própria legislatura em que fora estabelecida – a afronta à moralidade foi um *plus* argumentativo para o STF, que também enxergou violação ao art. 29, VI, da Constituição da República; c) bacharel em direito que é ao mesmo tempo assessor de desembargador e exerce a advocacia – existe regra proibitiva do estatuto de servidores; d) percepção de duplo pensionamento, sendo o Estado fonte pagadora de ambas, quando há um único fato gerador – neste caso, além da moralidade, foi reconhecida a óbvia ilegalidade.

se a aplicação das penas da lei apenas diante da demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta ou atuação do agente público e o resultado lesivo (a suposta lesão a princípio), pois isso equivale a responsabilizar objetivamente, bem como a responsabilização por culpa, sem intenção deliberada.

Destarte, completando a sistematização, propõe-se, para a caracterização de ato de improbidade do artigo 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa: i) a demonstração de dolo, em atenção à gravidade da lesão a um dos princípios da administração; ii) a integração de tal lesão com outras regras proibitivas do sistema (garantia da legalidade e segurança jurídica); iii) a presença do elemento qualificativo especial do ato de improbidade (a desonestidade, não a mera intenção de praticar uma conduta que em tese violaria um princípio); iv) a atenção ao caráter de norma de reserva do artigo 11, ou seja, ainda que configurado o atentado aos princípios da Administração Pública, se houver enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário caberá a tipificação específica dos artigos 9º e 10, absorvendo a aplicabilidade no caso concreto<sup>65</sup>.

Adequado, ainda, complementar a sistematização ora proposta com a necessária aproximação a preceitos básicos de direito penal. Isto porque, conforme asseverou Fernando Capez, em valorosa obra monográfica a respeito dos limites constitucionais à Lei n. 8.429/1992, a lei, embora não considerada de natureza penal, estatui sanções de natureza compatível à tutela criminal, de rigor assemelhado ou até mais grave por vezes. Entretanto, na aferição da responsabilidade e no subsequente sancionamento, não são levados em conta os princípios constitucionais de caráter penal, nem se exige conteúdo material para configuração de ato de improbidade administrativa (2010, p. 345). Dessa forma, torna-se imperativo o reconhecimento de garantias próprias do direito material e processual penal (2010, p. 298).

### 3.1.2 Improbidade administrativa dos incisos do artigo 11

Desenvolvem-se agora breves considerações acerca das hipóteses específicas dos incisos do artigo 11, assumindo como verdadeira a tese de que as considerações a respeito do artigo 11, *caput* – presença de dolo, concretização da lesão ao princípio em regras proibitivas,

---

<sup>65</sup> Eventualmente, em processo judicial, poder-se-ia vislumbrar, na ausência de prova do prejuízo ou enriquecimento ilícito do agente, a caracterização do artigo 11, contanto que se obedea aos demais critérios, bem como à ampla defesa e ao contraditório.

gravidade da conduta, caráter de norma de reserva do artigo 11 –, também valem, em geral, para as hipóteses específicas.

Acerca do inciso I<sup>66</sup>, já foi referido que objetiva resguardo aos implícitos princípios da supremacia do interesse público e da finalidade, visando combater os “desvios” do ato administrativo que, conquanto revistam-se de legalidade aparente, não são legais nem legítimos substancialmente. Trata-se não de conduta canhestra, mas de ato por si só especialmente doloso, pois revela conduta *soez*, maculada pela má-fé, mas com trajes de inocência por parecer legal (MELLO *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 174).

O agente pratica um ato sob a justificativa do interesse público, mas direcionado a interesse estritamente privado. Enfim, a mensuração do desvio de finalidade, no bojo de processo judicial, sempre se tornará questão de prova e trará às claras elementos intelectuais, psicológicos ou até sentimentos do agente, cuja avaliação e conclusão caberão à convicção do juiz, o que novamente remete a análise à insegurança jurídica possivelmente advinda desse fato (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 178).

O retardamento ou omissão de ato de ofício (artigo 11, II) revela ação ou omissão, entendendo-se nesta que o ato de ofício que deveria ser praticado esteja previsto em lei, garantindo-se assim a observância da objetividade e clareza ao agente público. O advérbio *indevidamente* denuncia a consciência da ilegalidade da conduta (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 185).

Vale reforçar, já que se está diante de atos omissivos, primeiramente, ser vedado confundi-los com atos culposos, os quais denotam, linhas gerais, um descuido, uma preguiça mental ou uma inabilidade e não condutas munidas de intenção. Além disso, há de se visualizar um ato omissivo grave *per se*, diante da atuação concreta do agente, ou cujas consequências para a preservação moral da administração sejam gravosas.

O inciso III trata da violação do sigilo funcional, cuja construção do tipo exhibe, às escâncaras, conduta dolosa e, não raras vezes, de má-fé. A disposição é clara e facilmente se visualiza uma gama de situações que podem se encaixar, na prática: divulgação temporã de delação premiada; quebra de sigilo de inquérito policial; revelação de política vindoura do Banco Central. Em geral, facilmente o dolo restará evidenciado, mas há de se cuidar para as situações em que o agente revela fato não manifestamente sigiloso, ou mesmo circunstâncias

---

<sup>66</sup> “I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

específicas que simplesmente tem ciência em razão da função, mas não são sigilosas. A revelação não se confunde com a divulgação, é mais restrita, portanto. Cumpre verificar, por fim, se o fato poderia se amoldar nos artigos 9º e 10, ou seja, se gerou vantagem ou prejuízo patrimonial para a administração.

As mesmas considerações valem para o inciso VII, mais gravoso, visto que elimina a necessidade da questão ser sigilosa, bastando que a medida política ou econômica seja capaz de ter repercussões econômicas (COSTA, 2002, p.148). Indica-se a análise dos artigos 325 do Código Penal e do artigo 155 da Lei das Sociedades Anônimas, que traçam paralelos e esclarecem ainda mais a extensão dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa.

Ao contrário dos incisos III e VII, nos quais razoavelmente se pressupõe grave violação dos princípios da administração em decorrência da mera conduta descrita nos tipos, a possibilidade do inciso IV (negar publicidade aos atos oficiais) não detém tal virtude. Assim, sob as já repisadas razões de legalidade e segurança jurídica, defende-se seja a etérea lesão a princípio convertida no concreto malferimento de regras que obrigariam o agente a dar publicidade ao ato sob enfoque. No mais, vale referir, com o propósito de demonstrar a feição dolosa do tipo, que:

negar publicidade não configura somente opacidade administrativa (...), mas pode esvaziar o ato administrativo, se da publicidade dependerem sua validade e eficácia (...). Ao negar publicidade, o agente público nega transparência, nega conhecimento, nega informação, impede a fiscalização de sua performance. (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 188-190).

Vale lembrar que a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.257) estatui condutas ilícitas, em seu artigo 32, que configuram outras espécies próprias de improbidade<sup>67</sup>. Algumas das condutas deste artigo, bem como a análise das normas da lei como um todo, clareiam a

---

<sup>67</sup> “Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado (...)

§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nos 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992”.

tipificação desta espécie específica do inciso IV, contribuindo para a segurança jurídica e legalidade.

Frustrar a licitude de concurso público é conduta vedada pelo inciso V, que visa resguardar a isonomia constitucional e a regra do concurso público, em sua lídima compreensão. É claro que também malfere, de modo especial, o princípio da legalidade, a impessoalidade e eficiência. A intenção básica da norma é vedar, de modo geral, a utilização de atos ilegais e ilegítimos que burlam e fraudam o certame público, e de modo específico, a feitura de certas exigências em editais de concursos visando a proteger determinado número de pessoas em detrimento da coletividade. Pressupõe-se a conduta dolosa a partir do elemento *frustrar* (perceba-se a proximidade do tipo ao do tipo penal do artigo 90 da Lei de Licitações), vedando-se, portanto, a negligência, imprudência ou imperícia para o enquadramento do ato nesta hipótese (COSTA, 2002, p. 153).

Destaca-se, ainda, o paralelo com o inciso II do artigo 37 da CF, pois ali se permitem diferenciações fundadas na própria natureza e na complexidade exigida do cargo ou emprego; ou seja, o agente sabe que a licitude do concurso ficará frustrada em decorrência de conduta intencional sua, fora das hipóteses normais dos concursos. A observância da licitude compreende todas as fases do concurso (FAZZIO JÚNIOR, p. 193).

A não realização de concurso público é hipótese diferente deste inciso, enquadrável, segundo alguns, no *caput* do artigo 11, e será examinada em seguida, na análise da casuística dos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito do inciso VI, basta referir que o dispositivo demanda integração com regras vinculativas da atuação do agente público, à feição de uma legítima norma penal em branco, pois estabelece que o agente deva estar obrigado à prestação de contas; no entanto, omitiu-se de tal dever; é certo e claro na lei o dever de prestar contas. Não havendo dever legal, não há ilícito.

As novíssimas hipóteses do inciso VIII e IX também hão de ser examinadas *cum granu salis*, uma vez que não se admite a responsabilização objetiva de agentes públicos (pessoas físicas), e as normas caminham neste sentido, ao preverem o mero descumprimento genérico de normas de parcerias voluntárias ou de acessibilidade como bastantes à configuração do ato de improbidade. O legislador claramente pecou por excesso, por melhores que fossem as intenções, incorrendo em gigantismo normativo que em nada socorre a racionalidade e o respeito a garantias constitucionais de qualquer indivíduo (legalidade

estrita e segurança jurídica). A aplicação aí será possível, evidentemente, se demonstrada violação dolosa, grave por si ou por seus efeitos, a uma ou outra regra específica e de centralidade para os sistemas das Leis n. 13.019/2014 e 13.146/2015.

### **3.2 Casuística**

Neste tópico, pretende-se, resumida e esquematicamente, demonstrar de que maneira a jurisprudência, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, tem examinado casos concretos improbidade administrativa por lesão a princípios, bem como de que maneira os tribunais têm sedimentado algumas das questões mais recorrentes. Naturalmente, as decisões atinentes exclusivamente ao artigo 9º, artigo 10 e outros aspectos gerais da Lei não serão abordados, em observância à limitação temática deste trabalho.

Em razão mesmo da excessiva abertura legal, insistentemente abordada, é certo que há, nas decisões judiciais, enorme gama de casos em que se discutiu a lesão a princípios da Administração Pública como fundamento para a caracterização de atos de improbidade. Cumpre traçar um quadro geral em que serão apresentadas as causas mais corriqueiras e/ou mais emblemáticas (ilustrativas das questões aportadas ao trabalho), sempre tendo em vista a temática central aqui estudada.

Por primeiro, ilustra-se, por meio da apresentação de dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, o traço distintivo, necessário para se definir caracterizado ou não o ato de improbidade, entre o elemento subjetivo exigido para o ato (isto é: má-fé, voltada a lesar princípios da Administração Pública) e o mero desrespeito à legalidade (“o dolo eventual”, segundo a linguagem adotada neste trabalho, ou dolo genérico, conforme jurisprudência e doutrina o definem).

O Recurso Especial n. 480.387/SP constitui importante precedente, normalmente referenciado em julgados posteriores do Superior Tribunal de Justiça, pois ali foi dito que, no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, é mister cautela na exegese das hipóteses nele insertas. A amplitude do preceito constitui risco para o intérprete, fazendo-o “acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (BRASIL, 2004). Neste caso, apurou-se que um município de São Paulo, percebendo estado de calamidade no

município vizinho, decorrente de contaminação na merenda escolar que culminou em surto epidêmico de diarreia na população, doou, sem prévia autorização legal, medicamentos e produtos farmacêuticos. Não restou demonstrado enriquecimento ilícito de qualquer indivíduo, ficando às claras não se tratar de ato de corrupção, mas apenas conduta que não observou todos os rigores a Lei de Licitações.

Tal entendimento vai ao encontro do que este trabalho – e parte da doutrina – defende no que diz respeito ao elemento subjetivo necessário e hábil para configurar ato de improbidade administrativa: aquele que contém a ilegalidade qualificada pela má-fé, recalcitrância em desrespeitar regras claras e elevadas do ordenamento.

Já no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 470.565/PA, cuja relatoria para o acórdão competiu ao Ministro Herman Benjamin, as decisões de instâncias inferiores foram modificadas<sup>68</sup> e houve a tipificação de ato de improbidade do artigo 11. Neste processo, que tramitou no Estado do Pará, ocorreu a autorização de uso gratuita de imóvel público, por parte do Superintendente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) local, a Advogado da União. A prática era tida por comum no local: juntamente com a autorização formal de instalação de sede da Advocacia Geral, autorizava-se informalmente a construção de imóvel residencial a servidores públicos. Os Ministros entenderam presente o dolo do advogado, que detém conhecimentos jurídicos para saber que a conduta era ilegal e ilícita, desrespeitando regras próprias da Lei de Licitações e do Decreto-Lei 9.760/1946 (que dispõe sobre as providências a serem tomadas para que seja possível a ocupação de imóveis federais) e gerando favorecimento indevido e mácula à moralidade e impessoalidade. Não houve enquadramento no artigo 9º em razão da preclusão, mas entendeu-se pela violação dos princípios da impessoalidade e moralidade (BRASIL, 2015b).

É de se ver que, neste caso, as condutas dos envolvidos facilmente poderiam configurar ilícitos penais (*verbi gratia*, prevaricação, advocacia administrativa, condescendência, corrupção, se provada a vantagem ou a promessa de vantagem), com a devida apuração na esfera própria. Trata-se de condutas graves e que encontram vedações claras no ordenamento. Logo, se são ilícitos penais que indicam, denunciam, má-fé, neste caso o enquadramento em ato de improbidade do artigo 11 se admite, na condição de norma de reserva dos artigos 9º e 10, neste caso não aplicáveis por questões processuais.

---

<sup>68</sup> Inclusive, excepcionando a aplicação da Súmula 7 da Corte, que veda o revolvimento de provas na instância superior.

Também encontra complementação por outras regras proibitivas o ato de improbidade administrativa correspondente à prática de tortura por policiais civis, constituindo ato contra a moralidade e lealdade às instituições, além de rechaçado pela Constituição Federal e pelo Direito Penal, de maneira clara, indelével. Desse modo, no Recurso Especial n. 1.177.910/SE, relator Ministro Herman Benjamin, determinou-se o retorno dos autos a fim de que fosse recebida a petição inicial da ação de improbidade administrativa, que narra a sujeição de presos que se encontravam custodiados na delegacia local a espancamentos, asfixia e graves ameaças, com o fito de confessarem a prática de crimes (BRASIL, 2015c).

Fábio Medina Osório opina que a responsabilidade dos pareceristas é medida impositiva em termos de princípio republicano. Porém, essa responsabilidade em improbidade administrativa só cabe quando a peça opinativa configura um instrumento dolosamente elaborado para o ato ilícito (2012, p. 14). Mais uma vez se verifica a obrigatoriedade de se verificar o dolo direto, neste caso, na conduta de quem elabora parecer. Ressalta-se a posição – aparentemente sólida – do Superior Tribunal de Justiça, plasmada no Recurso Especial n. 1.454.640/ES, relator Ministro Benedito Gonçalves, segundo a qual, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado, não se pode pretender o prosseguimento da ação civil por improbidade, visto que o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.906/1994, ressalvado, na visão deste órgão judicante, a demonstração de indícios mínimos de que o consultor teria redigido a peça com erro grosseiro ou má-fé (2015d).

Em alguns casos, no entanto, o enquadramento de algumas condutas ao artigo 11 mostra-se duvidoso, situando-se em uma zona cinzenta, em situações limítrofes, gerando ponderáveis questionamentos a partir do que boa parte da doutrina reputa suficiente e necessário para configurar um ato de improbidade desta espécie. Esquemáticamente, enumeram-se, para facilitar a apreciação mais adiante, tais questionamentos: (1) Existe ato doloso do agente público? (2) É conduta de improbidade em sentido restrito (desonesta, de má-fé)? (3) Trata-se de ofensa a princípios da administração pública? (4) Essa conduta repercute em lesões a regras – e não apenas a princípios – do ordenamento jurídico, que completam a tipificação do ato de improbidade? (5) Trata-se de conduta grave, já que o tipo exige *atentado* contra princípios da administração? Os números serão citados na medida em que se enfrentam os posicionamentos jurisprudenciais.

São *cases* relatados por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, em capítulo próprio (2013, p. 465-580), decididos pelo Superior Tribunal de Justiça ou por Tribunais de



Justiça de Estados, quais sejam: i) aplicação de receitas mínimas, conforme regras constitucionais e legais; ii) irregularidades em licitações; iii) não realização de concurso público; iv) nepotismo.

Primeiramente, apresenta-se a prática de improbidade por não se aplicar a receita mínima em educação ou por se empregar irregularmente recursos outros (FUNDEB, fundos de criança e adolescente), configurando hipótese do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Garcia e Alves defendem a aplicação do artigo 11 por se tratar de conduta enquadrável no Código Penal (artigo 315) e configuradora de crime de responsabilidade (artigo 1º, III, do Decreto-Lei n. 201/1967). Neste caso, importante apontar que a própria Lei n. 8.429/1992 estabelece figura repressora paralela ao ato em questão – artigo 10, XI, deste diploma legal<sup>69</sup>. Ou seja, o legislador teria deixado claro o ensejo de reprimir condutas tais (2013, p. 471).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu também ser ato de improbidade que ofende princípios da Administração Pública a não aplicação do percentual mínimo de 25% da receita em educação, pois verbas que haviam sido enquadradas como de educação não eram, de fato, vinculadas a essa atividade (BRASIL, 2012a).

Sobram incertezas: neste caso, poder-se-ia vislumbrar a dúvida do administrador na aplicação correta ou não das verbas, tratando-se de equívoco e não fraude propriamente (1)? ; O ato de não aplicar verbas desrespeita a qual princípio da administração pública, dentre os previstos no artigo 11 ou mesmo 37 da Constituição (juízo de adequação) – apenas a legalidade ou outros? Viola a honestidade ou lealdade às instituições (3)? Verificando-se grave violação à legalidade, poderia ser considerado ato de improbidade no sentido estrito (2)?

Há de se ter cuidado com a aplicação banalizada do entendimento. Não se diga que nestes casos não haveria alguma responsabilização (política, por exemplo, quer perante as urnas, quer perante o órgão legislativo). Apenas se questiona se a Lei de Improbidade realmente se presta para esses casos.

A respeito de atos de improbidade em licitação, vale dizer que há uma gama de possibilidades em que o caráter de norma de reserva do artigo 11 atrairia a sua incidência, casos em que o prejuízo ao erário (por exemplo, artigo 10, incisos IV, V e VIII) ou o enriquecimento indevido (*i.e.*, nas hipóteses artigo 9º, incisos I, II e III) não fica provado, mas

---

<sup>69</sup> “XI - Liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para sua aplicação irregular”.

a lesão à moralidade, por exemplo, é latente. Aí, haverá a possibilidade de aplicar o artigo 11, mas sempre nos moldes e com os limites propostos no presente trabalho. Assim se procedeu em caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citado por Garcia e Alves (2013, p. 487), em que se descobriu a participação de empresas em licitação pública cujo sócio cotista majoritário e gerente era o Vice-Prefeito, entre outras várias ilegalidades que envolviam também o prefeito, caracterizando ato de improbidade que atenta contra a moralidade administrativa e com concretização em regras proibitivas da Lei de Licitações (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Ademais, relevante verificar se há o enquadramento no artigo 11 o ato de dispensar indevidamente o procedimento licitatório. Trata-se de ato de improbidade descrito nas hipóteses específicas do artigo 10<sup>70</sup>, mas que, neste caso, não se verificaria prejuízo ao erário (falta de prova neste sentido em um processo ou ausência fática de real prejuízo material aferível). Aqui há um paralelo com a Lei de Licitações, segundo a qual, no artigo 89, configura crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Aqui, afora a exigência natural de demonstrar o dolo do agente (1), percebe-se que o ordenamento reprovava severamente a conduta, por meio de tutela criminal que pode gerar a reprimenda de três a cinco anos e multa (5).

De todo o modo, não se pode considerar qualquer ilegalidade verificada, pois então estará desnaturada a conduta do artigo 11 (questões [2] e [5]). É imprescindível identificar a intenção fraudulenta na conduta do agente, afastando-se do espectro da lei situações simplesmente contrárias a alguma regra ou princípio próprio da licitação ou até situações em que é duvidoso o intuito fraudulento (1).

Em outro julgado tratando do mesmo tema, o Superior Tribunal de Justiça negou recurso de agente público cuja conduta restou enquadrada no artigo 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, por ter dispensado licitação indevidamente. No caso, o agente repassou integralmente a prestação dos serviços que seriam de sua competência exclusiva, por edital, a outra empresa em subcontratação, subvertendo e fraudando as autorizações da Lei de Licitações (2015e). Em casos análogos a este, recomenda-se o exame cuidadoso dos

---

<sup>70</sup> “VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

requisitos acima expostos (questão 2 – conduta desonesta/ de má-fé, e de n. 5 – conduta grave).

Noutro julgado, a Corte Superior entendeu que a contratação dos serviços descritos no artigo 13 da Lei n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), dispensando o procedimento licitatório, pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização. Sob tais premissas, a contratação de escritório de advocacia, quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do advogado, foi enquadrada como ato de improbidade, tanto no *caput* quanto no inciso I do artigo 11, configurando patente ilegalidade, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente (BRASIL, 2008a). Embora o entendimento em prol da responsabilidade objetiva tenha sido superado, como se verá, aqui ainda assim cabem os questionamentos (1), (2) e (3).

Defende-se, como se disse anteriormente, o enquadramento do ato de um agente público em não realizar concurso público como categoria de ato de improbidade do *caput* do artigo 11<sup>71</sup>, seja contratando servidor público sem a prévia aprovação em concurso público e fora da legalidade, seja deixando-o de realizar quando necessário (GARCIA; ALVES, 2013, p. 499-511). Identifica-se, em tese, lesões à moralidade, impessoalidade e eficiência.

Em artigo específico sobre a violação do princípio do concurso público como ato de improbidade administrativa, Thiago Emmanuel Chaves de Lima aponta que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo por não responsabilizar o gestor que contrata sem concurso público por ato de improbidade, por estar ausente o dolo e a má-fé, e inexistente qualquer prejuízo ao erário ou vantagem pessoal. Discorda do entendimento, indicando que o dolo e a má-fé seriam dispensáveis, diante da vontade da Constituição e da lei em obrigar ao concurso público (como no artigo 37, parágrafo 2º, da Constituição), havendo, assim, uma presunção de lesividade quando não se realiza concurso (2011, p. 2). Retorna-se aqui ao problema acima abordado: não se pode acolher a responsabilidade objetiva, punir o simples fato de não haver concurso, albergando erradamente a responsabilidade objetiva ou mesmo culposa do agente público (questão n. 1). Não se pode, portanto, concordar com a compreensão desse autor.

Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, de fato, que a contratação irregular sem a realização de concurso público, contanto que se demonstre o dolo

---

<sup>71</sup> Lembrando que o ato de frustrar a licitude de concurso público é categorizado pela Lei como ato específico de improbidade que ofende os princípios da administração pública (artigo 11, V).

genérico, caracteriza o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, desrespeitando, além dos já citados princípios, regras do artigo 37, II, V e IX, da Constituição Federal, e da legislação específica, conforme decidido no Recurso Especial n. 1512085/SP, relator Ministro Herman Benjamin (BRASIL, 2016c).

O desrespeito às normas legais e constitucionais justifica a tipificação do ato no artigo 11, nos moldes decididos pelo Superior Tribunal de Justiça e defendidos pela doutrina? Vêm à tona, novamente, as questões n. 2, 3 e 5. Mesmo verificando a intenção, o enquadramento na hipótese do *caput* do referido artigo é incerto. Pode-se entender, sob uma perspectiva, presente má-fé no ato de *frustrar* a realização esportiva do concurso, dobrando indevidamente seus critérios obrigatórios, localizando-se o dolo na recalcitrância do agente público em respeitar claras regras do ordenamento jurídico – é dizer, ilegalidade grave. Por outro lado, o silêncio da Lei de Improbidade quanto esta hipótese específica, em contraste com a tipificação do artigo 11, inciso V, dá a entender que a lei não quis trazer para a esfera da improbidade condutas outras, relativas ao concurso público, que não a que expressamente ressaltou. Seria, então, um silêncio eloquente.

Atente-se, ademais, que a não realização de concurso público, por si só, não se relaciona necessariamente à má-fé, podendo denotar a notória falta de orçamento ou mesmo erros de diagnóstico do administrador público (1) (2) (3) (5).

A hipótese de punição do nepotismo por desrespeito a princípio da Administração Pública, enquadrada no artigo 11, *caput*, é emblemática. De um lado, trata-se de desrespeito grave a princípios da administração pública, como a moralidade e impessoalidade, existindo mesmo entendimento da mais alta Corte do país vedando tal prática e verificando violação à Constituição Federal<sup>72</sup>. De outro, há pouca referência legal que vede ou restrinja o nepotismo<sup>73</sup>, e nenhuma relativa ao chamado nepotismo cruzado.

---

<sup>72</sup> Trata-se da Súmula Vinculante n. 13, do Supremo Tribunal Federal: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

<sup>73</sup> Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves mencionam, além de normas de hierarquia inferior a leis, restrições e vedações legais, como na Lei dos Servidores Federais, cujo artigo 117, VIII, proíbe o servidor de manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; e a Lei n. 9.427/1996, que, em seu artigo 10, veda a nomeação de cônjuge, companheiro ou de parentes até o terceiro grau, pelos membros de tribunais e juízes a eles vinculados (2013, p. 572-573).

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu, mais de uma vez, que a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, mesmo antes da publicação da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da Administração Pública, na espécie do artigo 11, *caput*, da Lei n. 8429/1992, como plasmado em recente julgado (2015f). É o único caso em que se visualizou a responsabilização pela ofensa pura a princípios, mesmo sem regra legal completa e mesmo antes da Súmula Vinculante da Corte Constitucional criar Súmula Vinculante. Traz-se à baila a questão de n. (4); tampouco se olvide que sempre será necessário visualizar conduta e nexo de causalidade para perfectibilizar a hipótese normativa sem ofender a Constituição Federal, conforme vem se defendendo nesta monografia (1).

Da generalidade dos casos apresentados acima, conclui-se, uma vez mais, que, de acordo com as teses defendidas neste trabalho, não podem ser objeto de tutela da Lei de Improbidade Administrativa aqueles casos em que, embora verificada a ofensa a regras do sistema, não se vislumbra o dolo exigido pelo ato de improbidade do artigo 11, consistente no traço da desonestidade, ainda que claras e “fechadas” tais regras. E mais, ainda que as condutas reflitam também o desrespeito a princípios (publicidade, concurso público, cidadania, democracia, Estado Social de Direito, equilíbrio fiscal), não bastam por elas mesmas não são acompanhadas de algum elemento especial que denote real *atentado* ao princípio, que não sejam inquinadas de má-fé (seja no sentido da corrupção em sentido amplo, seja na recalcitrância em não observar o ordenamento jurídico), ou que não impliquem gravíssimas consequências, ou quando não fique demonstrado concretamente quem agiu, como e por que agiu em certa hipótese.

#### **4. APORTES TEÓRICOS PARA O USO RACIONAL DO SISTEMA: APONTAMENTOS SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO E (RE)APROXIMAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL**

As críticas e limites apostos ao artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, expostos no decorrer deste trabalho, hão de ser endossados por propostas de aproximação lógica da tutela da improbidade administrativa aos princípios e institutos do direito penal.

Um primeiro indicativo no sentido dessa aproximação é examinar o elemento subjetivo ao ato de improbidade. Tenciona-se demonstrar o por quê se refuta a responsabilidade objetiva em direito punitivo; argumenta-se a respeito da exigência de demonstração do dolo para reconhecer configurado o ato de improbidade por atentado a princípios da Administração Pública; intenta-se verificar as dificuldades de compreensão sobre a espécie de dolo a ser considerada nas diversas hipóteses do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, dificuldades que perpassam a feitura demasiadamente aberta dos tipos legais, a confusa redação do tipo, a importação incompleta dos conceitos de dolo do direito penal para a improbidade. Nesta linha de raciocínio, tentar-se-á, acolhendo conceitos de direito penal, eleger a modalidade adequada de dolo que deve ser considerada, qual seja, o dolo direto, afastando-se alguns conceitos correntes.

A segunda proposta, ainda na torrente argumentativa de aproximação lógica ao direito penal, é avaliar a aplicabilidade dos princípios da legalidade e tipicidade, bem como institutos e conceitos correlatos, em doutrinas e julgados que versam sobre esses princípios e conceitos. Falar-se-á também sobre outros princípios admissíveis, bem como a medida de aplicabilidade na improbidade administrativa – são os princípios da intervenção mínima, da pessoalidade e da individualização da pena.

##### **4.1 Elemento subjetivo**

O exame dos elementos volitivos dos diversos atos de improbidade administrativa, como já se viu, é aspecto central da Lei de Improbidade Administrativa. É o traço marcante das limitações necessárias às possibilidades punitivas da lei, bem como a prova maior da

aproximação lógica que deve haver entre o ato de improbidade e o ilícito penal. Com efeito, de saída se verifica que a própria conceituação de *elemento subjetivo* advém do direito penal. Neste sentido, enfatiza-se a necessidade de limitar a racionalizar as possibilidades punitivas da lei mediante a análise cuidadosa e pormenorizada do elemento subjetivo, que é a *pedra de toque* da harmonização que deve haver entre os sistemas punitivos, defendida neste trabalho. Serão analisadas, esquematicamente, as principais questões atinentes ao tema.

#### 4.1.1 Responsabilidade objetiva ou subjetiva?

Sem olvidar da já mencionada Lei n. 12.846/2013 – Lei “Anticorrupção”, antes mencionada (tópico 2.3) – que inaugurou no ordenamento a responsabilização objetiva, civil e administrativa, de pessoas jurídicas<sup>74</sup>, o dado primeiro a ser sublinhado é a impossibilidade de existir responsabilidade objetiva, ou seja, aquela em que sequer se examina a culpa (em sentido amplo) do agente (MELLO, 1995, p. 5). Ou seja, apenas se verifica a existência de um fato, que se liga causalmente a uma consequência. Já se defendeu, quando da análise dos tipos do artigo 11, que, em improbidade administrativa e direito punitivo – os quais lidam com a restrição de direitos fundamentais e a condição do indivíduo diante da pretensão punitiva do Estado –, a pessoa física (agente público) não pode responder sem que se lhe analise ao menos a sua conduta. Mesmo na tutela da responsabilidade civil – em que se busca notadamente a reparação, o ressarcimento de prejuízos – o ordenamento jurídico resiste à responsabilidade objetiva de pessoas físicas, reconhecendo-a em excepcionais hipóteses e expressamente. Em direito penal, por exemplo, ramo mais notório da restrição de direitos fundamentais, a hipótese de responsabilidade do agente pelo simples resultado, foi historicamente superada, sendo hoje rechaçada (BITENCOURT, 2012, p. 118).

O tema, no microssistema da improbidade, já foi objeto de debates mais intensos, antes de adquirir, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, ares de definitividade.

Fernando Rodrigues Martins apoia-se na hermenêutica constitucional neoconstitucionalista para argumentar que o artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa, ao mencionar a exigibilidade de dolo e culpa, enfraquece a exegese constitucional da norma.

---

<sup>74</sup> Repita-se, tipificando atos lesivos à Administração Pública em seu artigo 5º, “à imagem” dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa, mas independente e autonomamente à responsabilização própria de agentes públicos trazida pela lei de 1992.

A partir disso sugere a superação da análise do estado anímico do agente como pressuposto de reconhecimento do ato de improbidade, pois:

Enfrentar o elemento subjetivo numa sociedade pós-moderna é sopesar aos operadores a entrada no estado anímico ou no ensimesmamento do agente público, indo contra a doutrina e as teorias mais avançadas da responsabilidade civil, que de há muito abandonaram a análise da vontade como pressuposto da responsabilidade. (2009, p. 9) (s/ grifos no original).

Sem embargo dessa percepção, na literatura jurídica sempre houve clara inclinação pelo repúdio à responsabilidade objetiva na seara da improbidade administrativa. Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, se posicionou da seguinte forma:

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público eventualmente incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima (2010, p. 243-244).

Ruy Pereira Camilo Júnior traz interessantes apontamentos sobre o tema, ao referir que é inconstitucional qualquer tentativa de tornar objetiva a responsabilidade dos agentes públicos em face da Lei n. 8.429/1992, pois prejudicial à própria administração. Leva em consideração, além de outros argumentos normalmente colocados, o princípio da eficiência. Parte da análise econômica do fenômeno para concluir que a punição excessiva com base na lei acarreta o aumento dos custos de contratação da administração, em razão do afastamento de pessoas idôneas no trato com a coisa pública. O raciocínio é sintetizado da seguinte forma:

(a) a exigência do requisito de dolo prestigia a eficiência, coibindo o que a análise econômica chama de *rent seeking*, ou seja a apropriação indevida por agentes dos benefícios e recursos públicos; (b) a previsão da punição da conduta culposa, no tipo do art. 10 da Lei 8.429/1992, é polêmica, pois amplia o sentido do texto constitucional, embora nada obste que o legislador infraconstitucional preveja hipóteses de sancionamento do agente público, desde que respeitado o princípio da responsabilidade subjetiva posto na parte final do § 6.º do art. 37 da CF/1988 (...). A sanção do ato culposos presta-se a hipóteses em que a prova do dolo é difícil, além de estimular conduta mais zelosa, em consonância com princípio da eficiência. (...); (c) o problema da admissão da culpa é usar tal pretexto para um verdadeiro sancionamento



objetivo do ato ilegal que gere prejuízos. A responsabilização objetiva do agente ou do contratado em tais hipóteses, embora não prevista na lei, permeia e acha-se implícita em alguns acórdãos, e corresponde a uma tendência ampla de objetivação do instituto da responsabilidade civil. A responsabilidade objetiva, no entanto, nada mais faz do que transferir um risco da vítima para o agente, e o agente passará a precificar tal risco, ao contratar ou se relacionar com a Administração. Isso acaba sendo contraproducente, pois aumentará os custos de contratação para o Poder Público e afastará empresas e pessoas idôneas do relacionamento com a Administração, em um fenômeno de seleção adversa; (d) a amplitude do instituto da improbidade administrativa para qualquer ente custeado ou beneficiado com recursos públicos é eficiente; (e) a aceitação da sujeição dos agentes políticos à Lei de Improbidade, à exceção do Presidente da República, também desestimula os atos ímprobos, além de permitir o afastamento dos responsáveis por condutas desonestas, efeito esse reforçado pela recente Lei da Ficha Limpa. (2011, p. 6-7) (s/ grifos no original).

Fábio Medina Osório argumenta que deve ser rechaçada a responsabilidade objetiva de agentes públicos por ser evidente e necessária a aproximação entre o direito punitivo e o direito penal, sendo este apenas um dos braços daquele (2009, p. 49).

Cumpra advertir sobre o perigo de pretender tornar objetiva a responsabilização por ato de improbidade administrativa<sup>75</sup>, posição que ignora a real evolução da responsabilidade objetiva, que sempre encontrou óbice na responsabilização de indivíduos, de pessoas físicas. Atente-se à existência de clara limitação de grandeza constitucional, uma vez que as pessoas jurídicas de direito público, e as de direito privado que prestam serviços públicos, apenas podem exercer o direito de regresso caso demonstrado o elemento subjetivo na conduta dos agentes públicos<sup>76</sup>.

Na jurisprudência, a discussão também se verificou. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, não há muito tempo, o seguinte:

Administrativo e processual civil. Recurso Especial. Improbidade administrativa. Lesão a princípios administrativos. Ausência de dano ao erário. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade (BRASIL, 2006, grifou-se).

---

<sup>75</sup> Conforme defendido por Fernando Rodrigues Martins, em posição demonstrada no início deste tópico.

<sup>76</sup> Conforme artigo 37, §6º, da CF: “art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Tal posição, fosse albergada definitivamente, simplesmente corresponderia ao acolhimento da responsabilidade objetiva do agente, em que se dispensa o exame culpa em sentido amplo. Marcelo Figueiredo a criticou:

Entendemos que essa decisão não foi feliz (...). Diríamos que a culpabilidade em sentido amplo deve, em qualquer hipótese, ser sindicada pelo Estado Juiz. A única exceção pode ser encontrada nas hipóteses enumeradas de responsabilidade objetiva que quando presente, é expressa. Não é o caso da lei de improbidade, salvo o caso de enriquecimento ilícito, em que àqueles comportamentos descritos no artigo 9º da Lei 8.429/92 (enriquecimento ilícito) que são *ex vi legis*, nulos e ilícitos de per si (MF). (2013, p. 1905) (grifos do original).

A questão foi “pacificada” com a decisão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 479.812/SP, em que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu pela indispensabilidade da demonstração do elemento subjetivo doloso nas hipóteses de improbidade por lesão a princípios (artigo 11) e improbidade que importe enriquecimento ilícito (artigo 9º), e ao menos culpa no gênero de improbidade que acarrete dano ao erário (artigo 10)<sup>778</sup>.

Verificando-se a jurisprudência superior mais recente, aparentemente não houve dissidências posteriores à decisão em embargos de divergência, sedimentando-se a questão nesta esfera<sup>79</sup>.

Por conseguinte, a prevalecer a lógica jurídica que determina respeito às decisões vinculantes, a partir dessa decisão em Embargos de Divergência os tribunais devem passar a reconhecer que a responsabilização às penas da lei se condiciona à demonstração do elemento subjetivo do agente em cada espécie de ato, o que implica o real e efetivo exame de uma conduta com uma intenção clara, um ato reprovado pelo ordenamento, um resultado e um

---

<sup>77</sup> “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO” (BRASIL, 2010).

<sup>78</sup> O Supremo Tribunal Federal não entra especificamente no mérito da questão, por entender que a prescindibilidade, ou não, do elemento subjetivo para qualificar o ato como ímprobo exige interpretação de legislação infraconstitucional, como definido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 484.174, Relatora Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2014b).

<sup>79</sup> Endossa a conclusão o fato de a “Jurisprudência em Teses I” assentar que “é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que cobrem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário” (BRASIL, 2015a).

nexo entre essa conduta e o resultado. Ademais, se corretamente aplicada, tendem a perder força certos entendimentos doutrinários em prol da responsabilização sem exame da culpabilidade, em que não seria necessário apurar quem fez e o que fez. Neste cenário, valores superiores da ordem constitucional inaugurada em 1988 não teriam peso diante do afã punitivo.

De qualquer forma, o fato de o Superior Tribunal de Justiça haver pacificado esse ponto controverso da Lei não anula a crítica – na verdade a reforça. O fato de haver chegado, à Corte que confere a última palavra à interpretação de leis federais, diversos ofendículos, certos abusos e inúmeros casos duvidosos já demonstra, por si só, o problema do caráter excessivamente aberto, problemático e confuso da Lei de Improbidade Administrativa. É certo que a discussão relativa à responsabilidade objetiva ou subjetiva, dolosa ou culposa dos tipos foi (e ainda é) insistentemente abordada no âmbito dos tribunais dos Estados, diante da prevalência dessas divergências – antes na jurisprudência, hoje ainda na doutrina. Por isso mesmo, sob a perspectiva da eficiência na Administração Pública e no Poder Judiciário, mostra-se contraproducente a busca pelo sancionamento a qualquer etérea lesão a princípio ou em desrespeito aos limites traçados pela literatura jurídica.

#### 4.1.2 (In)admissibilidade da modalidade culposa nos artigos 9º e 11

Ultrapassada a barreira inicial sobre a impossibilidade de haver responsabilidade objetiva, a partir da análise do artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa<sup>80</sup>, passa-se a discutir a admissibilidade da responsabilização por ato (comissivo ou omissivo) de improbidade administrativa na modalidade culposa, afora a modalidade dolosa (obviamente admitida em todas as hipóteses).

Com efeito, nos tipos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º, *caput* e incisos) e naqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11, *caput* e incisos), a Lei de Improbidade Administrativa não faz menção ao elemento subjetivo da conduta, como o fez no artigo 10 (qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa). Essa lacuna (ou silêncio proposital) na lei gera embaraços, possibilitando a multiplicidade de visões.

---

<sup>80</sup> “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

A posição majoritária, na literatura jurídica especializada, admite a forma culposa apenas para o ressarcimento do dano (*rectius*, em caso de prejuízo material ao erário), a partir das hipóteses do artigo 10 da lei, conforme determinam o *caput* deste artigo e o referido artigo 5º.

O Superior Tribunal de Justiça, como se viu, sedimentou a questão na jurisprudência: admite a forma culposa apenas no artigo 10. Porém, o quadro não é tão simples.

Fábio Medina Osório critica a decisão pois entende cabível a ocorrência de culpa grave em algumas hipóteses de improbidade por lesão a princípios, uma vez que sua estrutura redacional (violação a princípios, por não gozar de ambição decisória, será necessariamente complementada por regras, estas de maior grau de clareza e decidibilidade, segundo o autor) admite integração com normas de improbidade contidas em leis especiais, como a ambiental ou urbanística, e, logo, pode se mostrar compatível com a culpa grave nos ilícitos formais descritos no artigo 11 (2012, p. 13-14).

Wallace Paiva Martins Júnior menciona posições contrárias à necessidade de caracterização do dolo – como a de Luiz Fabião Guasque, para quem a improbidade decorre da inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, não dependendo da vontade de qualquer pessoa (responsabilidade objetiva, já rechaçada, anota-se); ou de Carlos Alberto Ortiz, que entende implícita a culpa em sentido amplo na violação dos deveres decorrentes dos princípios da Administração Pública –, filiando-se a essa segunda corrente:

Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido dolo nos arts. 9 e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas ou culposas (aqui entendida a culpa grave). (2009, p. 286).

Porém, levando-se em conta o sentido histórico conferido ao termo *improbidade* no ordenamento (no sentido da má-fé, consoante se viu anteriormente), valendo-se da interpretação sistemática e finalística da Lei de Improbidade Administrativa (que visa coibir a corrupção em sentido amplo), e considerando se tratar de um silêncio propositual da norma nos tipos do artigo 9º e 11, em contraste com a menção de dolo ou culpa no artigo 10 (e a lei não possui palavras inúteis, diz o brocardo), filia-se à majoritária corrente doutrinária<sup>81</sup> que aduz a

---

<sup>81</sup> Nesta senda: CAMILO JÚNIOR, 2011, p. 8; FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 166; GARCIA, 2005, p. 6; NETTO, 2013, p.5; OSÓRIO, 1998, p. 130; SANTOS, 2009, p. 36-39; MATTOS, 2010, p. 117-119, entre outros. Em

necessidade do dolo para configurar as condutas que importam enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da administração.

Ora, vai ao encontro de tal conclusão o fato de a Lei 8.429/1992, além do combate à “improbidade” (corrupção em sentido amplo), ter, apenas em alguns casos, visado reprimir a grave ineficiência de agentes públicos, visando estritamente a incolumidade patrimonial da Administração, o que é desejável. Em regra, como se verificou, a tipificação dos artigos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa descreve condutas que se supõem dolosas, exceto os casos restritos que a Lei expressamente admitiu (artigo 10). A adotar essa premissa como verdadeira, o princípio da culpabilidade penal se aproxima da tutela da improbidade administrativa, pois, salvo se a lei expressamente previr a punição por culpa, ninguém pratica crime senão dolosamente (artigo 18 do Código Penal).

4.1.3 Dolo genérico *versus* dolo específico. Dolo eventual *versus* dolo direto. Idiossincrasias decorrentes da tipificação dos atos de improbidade administrativa.

Subsiste, entretanto, outro questionamento: qual é o dolo necessário para configurar as condutas do artigo 11, seja da hipótese geral do *caput*, seja dos incisos? De fato, como se pretende demonstrar, a construção dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa causa dificuldades grandes na categorização do dolo, de sorte que, talvez, não exista mesmo apenas uma categoria de dolo admissível, diante das múltiplas possibilidades punitivas abertas.

A *práxis* já definiu, com aparente clareza, que o chamado “dolo genérico” é suficiente. A análise da casuística jurisprudencial assim demonstrou. Mas é certo que a discussão não é tão tranquila quanto se pode supor, afinal, dolo é categoria que foi importada do direito penal, assumindo nesta esfera centralidade de atenções, com diversas categorizações distintas, escolas diferenciadas, guardando uma complexidade que parece ignorada no seio da tutela da improbidade administrativa.

A literatura jurídica, de modo geral, também faz menção à suficiência do dolo genérico, “consistente na vontade livre e consciente de descumprir princípios da Administração Pública, sem o qual não se fala em ato de improbidade na forma estabelecida

---

defesa da responsabilização culposa: MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 186, acima exposta; AMORIM SILVA, 2015, p. 338.

na LIA 11” (NERY JUNIOR, 2014b, p.12). Recordar-se da posição (correta), mas que não elimina o problema, de que a vontade de descumprir estes princípios é complementada pelo desrespeito de outras regras.

Emerson Garcia, na mesma linha, diz que o dolo genérico basta:

Todos os atos emanados dos agentes públicos e que estejam em dissonância com os princípios norteadores da atividade administrativa, serão informados por um elemento subjetivo, o qual veiculará a vontade do agente com a prática do ato. Havendo vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso; o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assumiu tal risco com a prática do ato (2005, p. 6).

Se tal conduta “infringir os princípios e acarretar o enriquecimento ilícito do agente, aplicar-se-á o artigo 9º. Importando o ato em violação aos princípios e dano ao erário, consubstanciada estará a figura do art. 10” (GARCIA, 2005, p. 6). Logo, observa-se o caráter e reserva do artigo 11.

Desta feita, a compreensão do dolo na forma proposta por Emerson Garcia, corresponde, de fato, ao que correntes tradicionais do direito penal denominavam dolo genérico, em oposição a dolo específico, que contem o especial fim de agir<sup>82</sup> (GRECO, 2012, p. 191). Por meio do dolo específico, provada a finalidade do agente, ainda que não sobrevenha resultado natural, consuma-se o crime.

Não parece que os tipos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa seguem a lógica que determina o traço distintivo entre o que em direito penal se chama *especial fim de agir* – outrora característico do dolo específico – e o dolo genérico. Exceto quando vem à tona o caráter de reserva do artigo 11, tal como ocorrido em precedente antes estudado<sup>83</sup>.

Veja-se que, no artigo 11, um elemento do tipo é a prática de “qualquer ação ou omissão que viole deveres de honestidade, imparcialidade (impessoalidade, de fato),

---

<sup>82</sup> Veja-se os diversos preceitos do Código Penal que contêm a cláusula *com o fim de*, como na fraude processual (Artigo 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, *com o fim de* induzir a erro o juiz ou o perito) e na extorsão mediante sequestro (Art. 159 - Seqüestrar pessoa *com o fim de* obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate).

<sup>83</sup> Em que não se provou a vantagem do agente público, mas se viu o direcionamento da licitação a empresas dos chefes do executivo, representando grave lesão a princípios da administração, desrespeito a regras claras do ordenamento e prova da conduta dos agentes.

legalidade, e lealdade às instituições”; o signo *atentar* denuncia a exigência de conduta livre, deliberada, consciente e, em especial, grave, de desrespeitar princípios da Administração Pública, correspondente ao outro elemento do tipo.

Defende-se, ainda, para o adequado enquadramento no artigo 11, que as condutas, inclusive as específicas dos incisos, devem ter o sentido completado: i) pelo *caput* do artigo 11<sup>84</sup>, em razão da expressão *e notadamente*, que demanda sejam as disposições do *caput* estendidas aos incisos, além do que, em direito, previsões contidas em incisos respeitam a regulamentação das cabeças de artigos (houvesse independência absoluta, seria um novo artigo e não previsão completiva da hipótese principal); ii) pela feição histórica, sistemática e constitucional (mostradas no capítulo 1) que o conceito de improbidade apresenta.

Nesse sentido, reitera-se que os tipos da Lei de Improbidade foram construídos em feição própria, com abertura diferenciada da legalidade estrita, que preside a esfera penal.

Poder-se-ia aproximar, de fato, da feição do que se denomina em direito penal *especial fim de agir*<sup>85</sup> – que integra determinadas definições de delitos, condicionando ou fundamentando a ilicitude do fato, de forma autônoma e independente do dolo (Bittencourt, 2012, p. 778) – na medida em que o ato de improbidade tem em seu DNA histórico o especial fim de agir consistente na corrupção, na desonestidade funcional, na fraude.

Porém, endossando a proposta de aproximação teórica com conceitos de direito penal, aprofundada no tópico seguinte, e tendo em vista a confusão instituída em torno da concepção do *dolo* para a doutrina e para a jurisprudência, parece que o melhor é trabalhar com as categorias atualmente expostas no Código Penal. Explica-se.

É fenômeno claro a incorporação, automática e natural, talvez por isso indevida ou incompleta, de institutos criminais para a tutela do direito administrativo, disciplinar ou na esfera ora abordada. Com efeito, importa-se o termo do direito penal e se lhe aplica em esfera distinta, mas com classificações e subdivisões que não têm a necessária precisão terminológica, resultando que não se examina o conteúdo jurídico dos conceitos.

É o que ocorre quando se trabalha, indistintamente, com o conceito de *dolo genérico*, ou mesmo quando se analisa a conduta de improbidade, em suas diversas categorias, em face

---

<sup>84</sup> Para ficar claro, devem configurar violação à honestidade, impessoalidade, lealdade às instituições (e não qualquer lesão à legalidade).

<sup>85</sup> Conforme se tencionou demonstrar nos tópicos anteriores, os tipos dos artigos 9º e 11 pressupõem condutas, afora dolosas, direcionadas ao enriquecimento ilícito e ao desrespeito a princípios da Administração Pública.

do elemento subjetivo. Não se trata de mera questão teórica, uma vez que, mudando-se a categoria de dolo adotada, se modifica o enquadramento ou não de certo ato como ímprobo para os fins da lei.

Os penalistas mais ilustres explicam que o ordenamento penal pátrio, afastando as diversas conceituações a respeito do dolo, agasalhou a teoria da vontade (dolo direto) e a teoria do consentimento (dolo eventual), segundo o artigo 18 do Código Penal, o que conferiu a ambas as figuras tratamento equiparado diante da Lei e, conseqüentemente, deixou a distinção entre elas a ser operada na fase de aplicação da pena (PRADO, 2011, p. 411).

Dessa forma, classificações até então consideradas, como dolo alternativo, dolo de ímpeto, dolo de perigo, dolo de dano, dolo de resultado, dolo genérico e dolo específico, perdem um tanto a valia. Assim, a partir da reforma normativa propiciada pela Lei 7.209/1984, o Código Penal passa a trabalhar apenas com essas duas categorias, que assim não de ser compreendidas:

a) Dolo direto ou imediato: No dolo direto o agente quer o resultado representado como fim de sua ação. A vontade do agente é dirigida à realização do fato típico. O objeto do dolo direto é o fim proposto, os meios escolhidos e os efeitos colaterais representados como necessários à realização do fim pretendido. Assim, o dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam, representação, querer e anuir, nos seguintes termos: 1) a representação do resultado, dos meios necessários e das conseqüências secundárias; 2) o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) o anuir na realização das conseqüências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios. (...)

b) Dolo eventual: Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art.18, I, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo. Como afirmava Hungria, assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer. Essa espécie de dolo tanto pode existir quando a intenção do agente dirige-se a um fim penalmente típico como quando dirige-se a um resultado extratípico (BITENCOURT, 2012, p. 772-775).

Portanto, a partir da análise de todas as condutas do *caput* e incisos do artigo 11<sup>86</sup>, fica clara a modalidade de dolo direto. Discorda-se, portanto, das considerações de Emerson

---

<sup>86</sup> O raciocínio também vale para o artigo 9º.



Garcia, acima destacadas, pois o dolo não se perfectibiliza na voluntariedade de qualquer ato que, em consequência, possa lesar algum princípio da administração, mas sim na especial finalidade de malferir o princípio, naturalizando-se como ímprobo o ato.

Desse modo, atentando-se à categorização penal do dolo, ao observar as modalidades dos artigos 9º e 11 (*caput* e *incisos*), apenas o dolo direto fica patente, ou seja, considera-se ato de improbidade aquele desonesto, de má-fé, fraudulento ou até de recalcitrância em obedecer normas relevantes do ordenamento; guiado por vontade livre e consciente, seja de lesar um princípio da administração (lesão concretizada, sempre na ofensa a regras proibitivas claras), seja de auferir vantagem que se sabe indevida.

Inadmite-se o dolo eventual porque este não compreende a vontade de realizar o tipo legal em sua completude (enriquecer indevidamente ou atentar contra os preceitos da administração), aproximando-se da culpa. De fato, a ação dolosa eventual é ato que se identifica como uma ação sem um móbil definido, como fosse um corpo sem alma: ele tem a forma de uma das condutas dos artigos 9º e 11, mas não existe aquele elemento especial que lhe dá natureza de ato ímprobo – a desonestidade, a má-fé, o pouco caso com normas claras e elevadas do ordenamento<sup>87</sup>. Vislumbra-se apenas prática voluntária de alguma ação, sem a qualidade especial do ato de improbidade, que o diferencia.

Acima de tudo, o dolo eventual, aproximando-se da culpa, não goza da reprovabilidade social exigida para naturalizar o ato de improbidade.

Nessa mesma senda, Luísa Cristina Pinto e Netto faz ponderações acerca de um limite semântico a se traçar desde a disposição constitucional (artigo 37, parágrafo 4º) e que reluz nas prescrições da Lei n. 8.429/1992: a improbidade há de ser entendida como imoralidade qualificada pelo elemento subjetivo da conduta; como a pura tradução da má-fé do agente. Em outros termos, sendo improbidade a má-fé no trato da coisa pública, as sanções previstas na

---

<sup>87</sup> Luísa Cristina Pinto e Netto exemplifica: “Imagine-se uma situação em que ocorra uma inesperada e geral greve dos servidores da área de saúde, incluindo médicos, em um ente político que não conta com legislação disciplinadora da contratação temporária. Diante dessa situação, são firmados contratos temporários com alguns médicos a fim de atender às demandas mais urgentes da população. Certamente há ofensa ao princípio da legalidade e certamente há a intenção de contratar sem a realização de concurso público e sem a existência de lei disciplinando a matéria, isto é, há a vontade de realizar a conduta prevista na norma de molde a configurar o chamado dolo genérico anteriormente mencionado. Pois bem, pode-se taxar essa conduta de ímproba? Seguindo o entendimento aqui esposado, não. Trata-se de uma conduta que, apesar de violar o princípio da legalidade, visa a atender outros princípios basilares da Administração Pública e a respeitar a dignidade da pessoa humana, garantindo o atendimento essencial à população. Não havendo desonestidade, não havendo má-fé, essa conduta não é ímproba e não pode ser tida como configuradora de ato de improbidade passível de levar à apenação com base no art. 12 da Lei nº 8.429/92” (2013, p. 16).

Constituição não foram atreladas a ato ilegal, mas a ato ímprobo, ato levado a cabo com *desonestidade*, de modo que:

Reputa-se necessário mais um passo nesta evolução no sentido de se reconhecer que o elemento subjetivo exigido para a configuração de ato de improbidade não é o *dolo genérico* tal como firmado, mas a *má-fé*, a *desonestidade propriamente dita*. Não pode bastar, para configurar improbidade, *a intenção de praticar determinada conduta, ainda mais em se tratando de princípios da Administração Pública; tem necessariamente que haver desonestidade, a tradução da improbidade*. (2013, p. 3-4) (grifou-se).

Em geral, as construções dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa seguem a lógica do direito penal: são tipos dolosos e culposos, com a descrição da conduta proibida, com o já referido elemento anímico especial do tipo que naturaliza um ato como de improbidade.

Entretanto, alguns tipos da lei parecem dispensar esse *plus* que qualifica o ato. Cumpre relembra-las: no artigo 9º, incisos VII e VIII<sup>88</sup>, fez-se menção à necessidade de complementação com o *caput* deste artigo para qualificar as condutas dos incisos, exigindo-se a intenção de auferir vantagem que sabe indevida, e o nexos de causalidade entre esta vantagem e o emprego, comissão ou assessoria exercidos; no artigo 10, por exemplo, a ordenação de despesas e liberação indevida de verbas públicas (incisos IX e XI, respectivamente<sup>89</sup>); no artigo 11, as rumorosas novidades dos incisos VIII e IX<sup>90</sup>, recentemente adotadas, as quais, de saída, destoam claramente das demais hipóteses do artigo, caminhando perigosamente para a responsabilização objetiva.

Veja-se que tais hipóteses têm o condão de igualar atos naturalmente ímprobos a atos ímprobos por dolo eventual, na categorização ora adotada. É por isso que, na jurisprudência superior, que tem como consequência natural produzir eco em todos os tribunais do país, é

---

<sup>88</sup> “VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”

<sup>89</sup> “IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”. A lei expressamente admite a modalidade culposa no artigo, mas é razoável supor que o faz justamente para garantir o ressarcimento ao erário.

<sup>90</sup> “VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (...) IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”.

muito citada a questão do dolo como mera aderência à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica (violação a princípio); a mera anuência aos resultados contrários ao direito; a situação em que o agente deveria saber que a ação por ele praticada levaria a um resultado vedado, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas; consoante se entende na generalidade nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1539929/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques (BRASIL, 2016b).

Trata-se de problema que advém da própria tipificação legal das condutas, que marcam a crise de identidade a que passa a Lei n. 8.429/1992.

Seria mesmo possível falar que a lesão a um princípio é um resultado, no sentido que em direito punitivo se define?

A Lei de Improbidade Administrativa, já se disse, configura uma nova via de responsabilização a ilícitos de agentes públicos, inserindo-se em amplo sistema de normas preventivas e repressivas (leis de responsabilidade de agentes políticos, direito administrativo sancionador, direito penal, direito eleitoral). Logo, há outros meios de combater certas irregularidades. Acredita-se que a Lei de Improbidade Administrativa, seja por sua própria redação canhestra, seja por sua aplicação banalizada, apresenta excessos que a distanciam de seu instrumental constitucionalmente desenhado, o de servir ao combate e à prevenção da corrupção em sentido amplo, fenômeno cultural de há muito combatido por instrumentos legais, sempre sem a desejada eficácia.

Portanto, a título de síntese conclusiva parcial, sugere-se, conjugando-se as lições da doutrina penalista e as considerações acerca do elemento subjetivo do ato de improbidade e sua configuração<sup>91</sup>, o seguinte: i) a Constituição conferiu liberdade de conformação à forma e à gradação do ato de improbidade e também às sanções, o que foi efetivado pela Lei n. 8.429/1992; ii) a Lei de Improbidade Administrativa expressamente previu a modalidade culposa para o imprescritível ressarcimento ao erário, calando, propositadamente, com relação ao enriquecimento ilícito e lesão a princípios da administração; iii) nestes casos, é de se ver que, no artigo 9º, se impõe a modalidade dolosa a partir da análise de todas as condutas (do *caput* e incisos) e, no artigo 11, a partir de jurisprudência vinculante e da maior parte da doutrina, o signo *atentar* denuncia a exigência de ação grave, além de consciente e livre do agente a ofender princípios da Administração Pública; iv) exige-se, no artigo 11, a

---

<sup>91</sup> Em especial as lições de Pinto e Netto.

complementação da lesão ao princípio a regras completivas do ordenamento; v) observando as categorizações penais do *dolo* (*dolo eventual versus dolo direto e dolo genérico versus dolo específico*), deve ser considerado, para fins de enquadramento nas modalidades dos artigos 9 a 11, apenas o dolo direto, ou seja, é ato de improbidade aquele desonesto e de má-fé, guiado por vontade livre, seja de lesar um princípio da administração, seja de auferir vantagem que se sabe indevida, tanto na figura geral do *caput* dos artigos quanto nas respectivas hipóteses específicas dos incisos; vi) inadmite-se o dolo eventual porque este, aproximando-se da culpa, não compreende a vontade de realizar o tipo legal em sua completude, não tendo assim a reprovabilidade social exigida pela naturalização do ato de improbidade. Apenas, de fato, se visualiza o ato voluntário que se volta, aparentemente, a uma das condutas dos artigos 9º e 11, mas não aquele elemento especial que lhe dá natureza de ato ímprobo – a desonestidade, a má-fé. Vislumbra-se apenas prática voluntária da ação, sem a qualificação especial do ato de improbidade<sup>92</sup>.

## **4.2 Aproximação ao direito penal – princípios e institutos aplicáveis**

### **4.2.1 Considerações iniciais. Legalidade e tipicidade – aplicabilidade dos princípios e de institutos correlatos**

Este trabalho já deixou clara a preferência por racionalizar o uso da Lei de Improbidade Administrativa, voltando-a ao seu objetivo constitucional que é, primordialmente, prevenir e reprimir graves violações à probidade e moralidade da administração, mas isto de forma a garantir a segurança jurídica, a legalidade, a eficiência e a prevalência de direitos básicos dos indivíduos.

Por se tratar de área que tem o condão de restringir direitos fundamentais do cidadão (por exemplo, a liberdade política), descabe banalizar sua aplicação, como por vezes vem

---

<sup>92</sup> Recorde-se que, para boa parte da doutrina especializada na matéria, improbidade não se confunde com ilegalidade, ao contrário do que a Lei n. 8.429/1992 supôs ocorrer. Como se disse, a moralidade engloba, entre outros aspectos, o fato de ser mais ampla que a legalidade, já que uma conduta pode ser conforme a lei, mas cujos caracteres externos dissintam da moralidade, ou seja, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal; exige respeito a valores que defluem dos direitos fundamentais dos administrados, em especial à dignidade da pessoa humana (GARCIA; ALVES, 2013, p. 135-139).

ocorrendo. Searas do direito que opõem eventuais interesses do Estado (e da sociedade em geral) aos direitos do cidadão não de ter limites claros. E, certamente, a área mais desenvolvida em termos de estrutura principiológica, no que diz respeito à restrição de direitos fundamentais, é o direito penal. A tutela da improbidade fez-se à sua “imagem e semelhança”, mas um tanto às avessas, pois colheu conceitos imperfeitamente e não se decidiu a respeito de sua natureza jurídica, o que poderia inviabilizar a harmonização ora objetivada.

Vale recordar, ademais, que se adota a ideia de ilícito, de contrariedade ao direito, como categoria geral. As diferenças existem entre as sanções aplicáveis a cada sistema. Ocorre que a improbidade administrativa, dada a gravidade das sanções, por demais se aproxima do direito penal, devendo, o quanto possível, ser aplicáveis os preceitos de defesa do cidadão que regem aquela área, conferindo-lhe maior racionalidade. Ressalta-se, nesta perspectiva, inexistir qualquer critério científico, lógico ou mesmo objetivo na categorização de ilícitos pelo legislador, considerando-os sujeitos à esfera penal, civil ou administrativa – tal decisão é apenas guiada pelos anseios da sociedade em determinado contexto histórico e cultural ou por mero interesse político dominante, existindo, quando não deveria, uma resposta indesejavelmente mais gravosa por parte do ordenamento (CAPEZ, 2010, p. 173).

Neste sentido, Fernando Capez, em obra monográfica a respeito dos limites constitucionais à Lei n. 8.429/1992, refere que este diploma normativo, embora não considerado de natureza penal, estatui sanções de natureza compatível à tutela criminal, de rigor assemelhado ou até mais grave por vezes. Entretanto, na aferição da responsabilidade e no subsequente sancionamento, não são levados em conta os princípios constitucionais de caráter penal, nem se exige conteúdo material para configuração de ato de improbidade administrativa, em marcante contradição lógica (2010, p. 345).

Ruy Pereira Camilo Júnior, também citando Capez, sintetiza a importância de se aproximar as garantias próprias do direito penal ao processo que versa sobre atos de improbidade, especialmente aquele tendente a malferir direitos fundamentais:

Criticando distorção irrazoável da lei, aponta Fernando Capez para o fato de que os crimes contra a Administração, tais como o peculato e a prevaricação, têm um sancionamento mais leve do que as penas civis derivadas da procedência da ação de improbidade administrativa. E, paradoxalmente, as garantias próprias do sistema penal não são aplicáveis no processo civil. Assim, por exemplo, não há propriamente uma aplicação do princípio da tipicidade na Lei de Improbidade, já que as hipóteses dos arts. 9.º a 11 não

são taxativas, e suas hipóteses são extremamente genéricas. (2011, p. 8) (grifou-se).

Portanto, fazendo-se necessária a reaproximação abordada, neste tópico tenciona-se vislumbrar alguns dos princípios e institutos do direito penal aplicáveis na esfera da improbidade administrativa, bem como em que medida se aplicam, com vistas a aperfeiçoar a caracterização do ato de improbidade do artigo 11 (ofensa a princípios). Isto sempre com vistas a não pretender apenas uma importação acrítica, despida da reflexão sobre as diferenças necessárias entre um e outro campo. Tampouco se pretende esgotar o tema, o que desbordaria dos estreitos limites de uma obra monográfica.

De certa forma, os juristas já enxergam e usam desta aproximação, como se referiu da pesquisa de julgados e da bibliografia, e conforme se aprofundará a seguir.

Inicia-se com o princípio da legalidade. Não se ignore que tratar do conceito de legalidade demanda atenção, em vista de ser, para o direito, ao mesmo tempo estruturante e plurívoco. Em altas linhas, a legalidade confere liberdade ao cidadão, pois as proibições e obrigações apenas advêm do “contrato social” (artigo 5º, II, da Constituição), além de, em um Estado de matriz Romano-Germânica como o pátrio, condiciona o agir da administração à lei (artigo 37, *caput*, da Constituição).

No direito penal, adquire feição mais específica, ao definir o princípio segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, XXXIX, da Lei Maior) (MOREIRA NETO; GARCIA, 2013, p. 9). Ou seja, a lei define tanto o que deve ser eleito como ilícito para fim de sanções que implicam sérias restrições a direitos fundamentais, como também é somente ela que define quais são e que extensão têm essas penas.

Em Estado Democrático de Direito, não pode haver pena sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), nem crime sem dolo ou culpa (*nullum crimen sine culpa*), sob o risco de violação ao princípio da tipicidade – derivado da legalidade penal, segundo o qual a culpabilidade em sentido amplo integra o fato típico – e do estado de inocência, pois, se todos se presumem inocentes, caberá ao Estado provar a culpa antes de exercer o *jus puniendi* (CAPEZ, 2010, p. 298).

A aplicação da legalidade na esfera da improbidade administrativa é inequívoca. Deveras, os ilícitos e as penas relacionados ao ato de improbidade, guardadas as críticas já expostas, decorrem efetivamente das disposições da Lei n. 8.429/1992. Assiste ao agente

público a garantia da tipicidade, que significa a função de separar o proibido do permitido por meio das descrições legais. Não se proíbe a existência de conceitos indeterminados, cujo sentido se completa por outras normas, nem mesmo na esfera penal. No entanto, a conduta proibida deve conter uma previsão mínima na lei, a legitimar o poder punitivo estatal diante do princípio democrático (OSÓRIO, 2012, p. 12). Em complemento, tem-se que a "a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a idéia dos tipos penais" (OSÓRIO, 2005, p. 4).

Por um lado, é certo que a aproximação não é absoluta, existindo uma mitigação do princípio da tipicidade e da legalidade em relação à restrita compreensão do direito penal. São fundamentos dessa mitigação a necessidade de se atingir maior número de condutas que inviabilizam os objetivos do Estado e, especificamente, da atividade administrativa (interesse público, nomeadamente); a intervenção menos gravosa ao particular do que a tutela penal, de onde foram importados os princípios; a exigência de maior eficiência da administração; e, imbricada à questão anterior, o aumento de complexidade do Estado, decorrente do acúmulo de atividades e funções, a inviabilizar a exigência de prévia definição legal para toda e qualquer infração administrativa (lógica da sujeição especial de indivíduos, em determinadas situações, a certos órgãos da administração) (SANTOS, 2005, p. 6-7). Por outro lado, deve-se atentar que certas situações, já narradas, são limítrofes no respeitante à legalidade, não sendo exagero inquiná-las de inconstitucionais por inobservarem o grau mínimo de determinabilidade que as normas punitivas devem ter. É dizer: seria necessário que todo e qualquer ator da administração pública sujeito a Lei de Improbidade pudesse prever, razoavelmente, primeiro, que está praticando um ato ímprobo (decorrente de conduta vedada claramente pelo ordenamento), e, segundo, quais são as prováveis consequências, aos seus direitos, advindas dos atos reprováveis a que incorreu.

Ademais, relacionados à perspectiva da legalidade e da tipicidade, algumas propostas de apropriação de conceitos do direito penal à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa podem ser mencionadas, como a análise da culpabilidade e seus desdobramentos, o emprego do princípio da insignificância e a aplicação da imputação objetiva.

Eduardo Sens do Santos diagnostica que as infrações administrativas se diferenciam das infrações penais somente pelo aspecto quantitativo de pena e por carecerem de sistema próprio, vendo-se obrigadas a adotar a teoria do crime como ponto de partida. Desse modo,

diante da carência de leis administrativas, advoga<sup>93</sup> a acolhida, ao plano das infrações administrativas, de institutos penais que afastam a caracterização de crimes, tais como a legítima defesa, o consentimento do ofendido, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal (excludentes de antijuridicidade); a inimputabilidade, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e o erro de proibição (excludentes de culpabilidade) (2005).

Inclusive, a hipótese de erro de proibição revela algum apelo prático, quando se interpreta a existência de regras proibitivas obscuras e contraditórias; a prática reiterada de decisões e atos, mesmo omissivos; a tolerância a certos comportamentos. São atividades da Administração Pública que podem gerar erro de proibição invencível, tornando incabível a imposição de sanção fundada na prática de ato de improbidade (MELLO, 2005, p. 16).

É certo que as observações, conquanto realizadas no âmbito do direito administrativo sancionador, têm integral valia ao objeto deste trabalho.

Esses entendimentos levam em consideração o princípio da culpabilidade penal. Segundo ele, se não houver responsabilidade subjetiva não pode haver sancionamento, incidindo a análise da culpa em sentido amplo na tipicidade. Relembre-se que é aceitação majoritária a tese de que não há improbidade sem dolo ou culpa, tanto é que, para os servidores públicos, até em simples ações de regresso, conforme previsto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, é exigida a demonstração do elemento subjetivo (OSÓRIO, 2012, p. 12). Aliás, adotar essa premissa como verdadeira implica reconhecer que a culpabilidade penal se aproxima da tutela da improbidade administrativa, pois, salvo se a lei expressamente previr a punição por culpa, ninguém pratica crime senão dolosamente (artigo 18 do Código Penal).

No mesmo sentido, Marcelo Harger propõe, entre outros, o reconhecimento do erro de tipo escusável para a interpretação dos casos de improbidade. Trata-se de instituto que exclui o dolo, logo a tipicidade, pois o agente supõe a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a existência de requisitos que autorizariam a conduta. Figura aplicável, como bem apontou o autor, em alguns casos de dispensa indevida de licitação, quando fundada em parecer técnico opinando pela dispensa. Nestes casos, tem-se erro de tipo essencial escusável, pois o agente julga estar incorrendo em ação permitida pelo ordenamento, quando não está praticando ato formalmente típico. (2010, p. 13-14). O erro é essencial e o

---

<sup>93</sup> Ainda que no plano teórico.



fato escusável quando não se pode exigir conduta diversa (poder agir de outro modo). A inevitabilidade do fato é levada em conta (OSÓRIO, 2012, p. 12).

Nos últimos tempos, importante filtro de caráter penal tem sido aplicado aos casos de improbidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – o reconhecimento da insignificância, hipótese louvada pela literatura (HARGER, 2014, p. 10-11; GABARDO, 2012; OSÓRIO, 2012, P. 14). Vale dizer, mesmo identificando-se o dolo, e ainda que haja a necessária complementação por outras regras proibitivas do ordenamento, enquadrando-se em tese no ato de improbidade do artigo 11, deve ser verificada lesão relevante a normas da Administração Pública, não sendo aplicável sanção nos casos de importância mínima ou irrelevante. Ocorre, oportunamente neste caso, a importação de conceitos do direito penal – a chamada *bagatela penal* – à tutela da improbidade administrativa. Tal entendimento foi acolhido, entre outros, no recente Recurso Especial n. 1.536.895/RJ, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no qual foram revertidos acórdão e sentença condenatórios das instâncias inferiores, a uma porque não se verificou a demonstração do elemento subjetivo, a duas porque não se vislumbrou relevante ofensa a princípio da Administração Pública<sup>94</sup> no ato do Município do Rio de Janeiro de contribuir com a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para a construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge na periferia da Cidade do Rio de Janeiro (BRASIL, 2016a).

Apenas cabe chamar a atenção para a natural dificuldade de se definir qual conduta é insignificante para fim de suposta lesão a princípio – há condutas que são graves por si só (nepotismo ou, para alguns, simplesmente não realizar um concurso dolosamente), mas há outras que podem ser graves por suas consequências danosas à preservação moral da administração. É questão a ser aferida casuisticamente, diante da atuação concreta do agente. Por último, enfatiza-se que a insignificância, evidentemente, será verificada, e até com mais facilidade, pois haverá balizas mais claras para aferi-la, nas hipóteses da lei de enriquecimento indevido e de prejuízo material ao erário.

Cumprе referir que julgados tem feito menção expressa a princípios do direito penal, acolhendo embora, tacitamente, essa aproximação. Além dos referidos anteriormente, são

---

<sup>94</sup> Segundo a acusação e tribunais inferiores, teria havido malferimento ao *princípio da laicidade estatal*. Não se conhece o conteúdo jurídico de tal princípio. É imperativo dizer que esse caso é sintomático dos exageros que a Lei de Improbidade Administrativa propicia: no afã de apontar ilicitude no ato em questão, até se pode revirar o imenso arcabouço legislativo do Brasil e do Rio de Janeiro e, ao final, identificar algum desrespeito a alguma norma. Tratar-se-ia, ainda assim – salvo provado concretamente o móvel desonesto por parte de um agente público –, de uma ilegalidade, que não poderia ser qualificada como ato de improbidade administrativa, pois a lei não foi criada para uma *responsabilização holística*.

citados os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: i) em Mandado de Segurança, mencionou-se que “em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas” (BRASIL, 2012b); ii) em recurso especial do ano de 2008, assentou-se que nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, porquanto a ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas se subordina ao *princípio da tipicidade*, sendo apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador (BRASIL, 2008b).

Fernando Capez sugere a aplicação da imputação objetiva à caracterização do ato de improbidade. Uma conduta apenas se reputa típica quando cria um risco proibido pelo ordenamento. Esse risco só é criado, segundo a teoria, por uma materialmente ímproba, que reúne algumas características, como a inadequação social da conduta, a ofensividade da lesão, a significância da lesão, alteridade, a proporcionalidade, a necessidade de idoneidade, a ofensividade e a quebra do princípio da confiança<sup>95</sup> (CAPEZ, 2010, p. 320).

---

<sup>95</sup> Conforme a sistematização do autor: “A imputação objetiva significa, sob o prisma objetivo, isto é sem contar o dolo ou a culpa, exigir para a existência de uma infração penal que a conduta tenha conteúdo material, revelado pela ofensividade, inadequação social, relevância mínima (...) Deste modo, tratando agora especificamente da caracterização do ato de improbidade, tem-se que, ocorrido o fato suspeito, devem também ser consideradas as seguintes etapas de raciocínio:

- a) O fato deve estar, ainda que genericamente, definido no art. 9º, 10 ou 11, a fim de aferir sua tipicidade formal (se não houver previsão legal, por óbvio, já se exclui qualquer outra verificação, pois não existirá, de antemão, nenhum ato de improbidade);
- b) Uma vez tipificado formalmente, o ato de improbidade necessita possuir, no caso concreto, conteúdo material de improbidade, ou seja, ofensividade (se o bem jurídico tutelado pela norma protetiva foi violado ou exposto a um perigo efetivo), significância da lesão, desconformidade social da conduta (é necessário que o autor do fato desatenda às expectativas sociais e deixe de desempenhar o papel desejado e esperado pela coletividade);
- c) As duas primeiras etapas constituem a chamada imputação objetiva do ato de improbidade ao tipo previsto na Lei n. 8.29/92. Atestado o conteúdo material objetivo do ato de improbidade, estará preenchida a etapa de imputação objetiva com relação à Lei de Improbidade Administrativa. Sob o prisma objetivo, o fato será formal e materialmente típico. Preenchido o conteúdo material, considera-se que a conduta foi criadora de um risco proibido;
- d) Nas chamadas infrações materiais, que são aquelas em que o resultado naturalístico é imprescindível para a consumação, ainda é necessário o estabelecimento do nexo de causalidade, ditado não pela vetusta teoria da *conditio sine qua non*, mas novamente pela teoria da imputação objetiva e seus requisitos limitadores do dogma causal;
- e) Resta, ainda, nessa fase da tipicidade, a imprescindível aferição da existência do dolo ou da culpa, já que o fato típico, no caso, o ato de improbidade típico, pressupõe aspectos objetivos (imputação objetiva) e subjetivos, que são o dolo e a culpa;
- f) Sendo o ato formal e materialmente típico, sob os pontos objetivo e subjetivo, prossegue-se na aferição de sua antijuridicidade (ou ilicitude) e, na última etapa, pressuposto da imposição da pena, a culpabilidade do autor” (2010, p. 317-318) (grifos do original).

#### 4.2.2 Outros princípios e conceitos aplicáveis

Vislumbra-se, ainda, outros princípios, não intimamente ligados à legalidade e tipicidade, que também podem contribuir com o sistema de responsabilização: *ultima ratio*, pessoalidade e individualização da pena.

O princípio da *ultima ratio* ou intervenção mínima, em direito penal, determina que nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, assim como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. Apenas as ações mais graves são levadas ao espectro da esfera criminal, apenas os atentados contra os bens jurídicos mais importantes (BITENCOURT, 2012, p. 98-99).

Decorre daí o caráter fragmentário do direito penal, que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento (BITENCOURT, 2012, p. 98-99), como um feixe de luz que alumia apenas o que voluntariamente se quer iluminar.

A aplicação da insignificância, reconhecida pela bibliografia especializada e jurisprudência, é uma prova do reconhecimento desse conceito. Não fosse o bastante, o caráter subsidiário do Direito Penal também se verifica na tutela da improbidade administrativa porque não é qualquer tipo de objeto que se enquadra genericamente nos seus tipos abertos. Tanto é que “já se tornou um brocardo comum aquela expressão de que a Lei de Improbidade ‘serve para o administrador desonesto não para o inábil’” (GABARDO, 2012, p. 4).

A improbidade é vista como categoria de ilícito que traduz a *ultima ratio* no Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Em razão do *status* constitucional e o tratamento rigoroso dispensado à matéria, meras irregularidades e ilegalidades, e mesmo desonestidades que não acarretam graves consequências, hão de encontrar repressão cabível na responsabilidade administrativa geral (*interna corpori*) ou mesmo reparação civil (OSÓRIO, 2012, p. 15-16).

A configuração do ato de improbidade exige a violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos, de modo que ao agente ímprobo deixa de reconhecer a honra de servir ao coletivo, demandando-se que se imponha a ele, ao menos, sanção que vá além da mera reparação de danos (OSÓRIO, 2012, p. 16).

Nesse sentido, cabe referir o seguinte raciocínio, em coerência com o uso racional do sistema punitivo inaugurado pela Lei de Improbidade Administrativa, defendido neste trabalho:

Na ponta da improbidade administrativa estão direitos fundamentais difusos da sociedade. Não se pode olvidar da importância da Teoria dos Direitos Fundamentais para a compreensão dos tipos sancionadores da improbidade administrativa, seja no tocante à defesa dos direitos dos acusados em geral, seja no tocante à defesa dos direitos das vítimas dos atos ímprobos. Se um determinado ato formalmente típico não atingir materialmente um direito fundamental, não há falar na improbidade administrativa propriamente dita (OSÓRIO, 2009, p. 23).

Rafael Munhoz de Mello explica que a pessoalidade, prevista na Constituição Federal<sup>96</sup>, não se restringe à esfera penal, inclusive em razão de inexistir qualquer elemento que indique estar sua aplicação a ela limitada. Recorda o autor que se trata de garantia constitucional individual, cuja interpretação deve ser a mais abrangente possível, por força do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (2005, p. 12). Ademais, como a sanção administrativa tem por escopo prevenir a ocorrência de futuras infrações, esse fim não é atingido se a sanção é imposta a alguém que não praticou a conduta típica (2005, p. 16). Portanto, aquele que não praticou um ato ímprobo não pode ser atingido por qualquer sanção advinda da lei, exceto na hipótese ressalvada de forma explícita na própria Constituição – a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens podem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O mesmo raciocínio vale para a individualização da pena. É preceito geral de direito punitivo, aplicável à improbidade administrativa. Impõe ao aplicador das normas administrativas sancionadoras – também da Lei de improbidade Administrativa – o dever de perscrutar o grau de culpa do suposto autor da infração; a individualização estabelece critério de considerar individualmente, ou seja, separar, tornar individual, distinguir, mensurar a pena em cada caso concreto, ponderar os múltiplos fatores que se apresentam, atendendo-se aos princípios humanitários, do interesse público e da culpabilidade (SCARPONI, 2005, p. 3).

---

<sup>96</sup> Vale lembrar que é garantia constitucional, prevista no artigo 5º, o seguinte: “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Repisa-se que a aplicação proporcional de cada uma das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, de acordo com a conduta imputada a cada agente, contribui para a desejável observância da individualização da pena, corolário da necessária aproximação e integração que deve existir nos diversos ramos do direito punitivo.

O Superior Tribunal de Justiça entende pelo respeito ao princípio da individualização da pena no âmbito administrativo disciplinar (BRASIL, 2010). Porém, tem apreciado seu cabimento por diversas vezes no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, como em precedente no qual houve divergência sobre quais penas deveriam ser aplicadas a cada um dos agentes públicos envolvidos em ato de improbidade administrativa por lesão a princípios, entendendo o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho maculada a individualização da pena, votando, então, por excluir a aplicação da sanção de suspensão de direitos políticos, enquanto a maioria decidiu retirar apenas a perda da função pública (BRASIL, 2013).

## CONCLUSÕES

Por intermédio da pesquisa doutrinária levada a efeito, foi possível descrever os principais problemas enfrentados quando se está diante da aplicação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

No entanto, a análise adequada da lei demandou o estudo prévio – ainda que resumido, sem a pretensão de esgotar o tema – dos fundamentos jurídicos, políticos e históricos que levaram à criação do diploma normativo, e muito especialmente da tutela objetivada pela Constituição Federal no tocante à probidade e moralidade da administração. Empenhou-se, no capítulo 1, na busca desses fundamentos.

Nesse sentido, fez-se referência aos princípios da probidade e moralidade da administração. São ambos conceitos com traços marcantes de indeterminação e fluidez, imbricados entre si, não havendo delimitação clara entre o conteúdo jurídico de um e outro. Assim, recomenda-se considerá-los de maneira una, com a densidade de deveres e regras implicados: em geral, referem-se à incolumidade da administração sob o prisma da ética e do bom funcionamento da administração. É dizer, os princípios vedam graves desvios desse ideal de honestidade e refutam sérias ineficiências, percalços ao dever de boa-administração.

Na história, os conceitos de probidade e moralidade se ligam à prevenção e ao combate à corrupção, termo cujo viés sócio-cultural se procurou demonstrar. Na perspectiva constitucional e legal do Brasil, identificou-se o aparato normativo que, desde 1824, versou sobre o controle e repressão dos agentes públicos, desde a perspectiva penal até a de responsabilidade política; a partir de 1930 passa-se a enfocar a questão da incolumidade patrimonial do Estado, marcadamente por meio da ação popular; em 1957 e 1958, foram promulgadas as Leis Pitombo Godói-Ilha e Bilac Pinto, que continham medidas, ilícitos e sanções que baseiam a atual Lei de Improbidade Administrativa; verificou-se a tutela da moralidade nas Cartas Constitucionais, notadamente na ditatorial; por fim, foram relacionados diplomas legais que representam um sistema multifacetado de tutela contra a corrupção (em sentido amplo), mediante a previsão de sanções de distintas categorias (cível, administrativa, política e penal). Demonstrou-se, em resumo, não ser novidade no ordenamento a preocupação legal e social com o fenômeno *corrupção*.

O fundamento da proteção da moralidade e probidade na Constituição Federal de 1988 encerrou o capítulo 1. Neste tópico foi demonstrado, em suma, os compromissos marcantes

do constituinte e a abertura, por meio da previsão do artigo 37, parágrafo 4º, de ampla liberdade de conformação ao legislador, razão da promulgação, no ano de 1992, da Lei n. 8.429.

No capítulo 2, fez-se um exame circunstanciado da Lei de Improbidade Administrativa, sempre com vistas ao tema central do trabalho. Aqui, duas foram as mais relevantes considerações. Primeira: o contraste entre as graves consequências legais (medidas preventivas e sanções) e a excessiva abertura dos tipos dos artigos 9º a 11, devidamente criticadas. Segunda: o caráter de norma de reserva do artigo 11, ou seja, não existindo ou não se vislumbrando enriquecimento do agente público (artigo 9º) ou prejuízo ao erário (artigo 10), ainda assim pode-se cogitar de ofensa a princípio; justifica-se, desse modo, o enfoque conferido a alguns dos tipos dos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente quando padecem da mesma abertura semântica.

O capítulo 3 demonstrou todas as hipóteses punitivas do artigo 11, tanto a genérica do *caput* quanto aquelas dos incisos. Foram tecidas as críticas e contrapostos posicionamentos na doutrina, ressaltando-se os problemas de segurança jurídica, legalidade, legitimidade e eficiência que advêm da aplicação banalizada da Lei de Improbidade Administrativa. Após, foi possível propor um ajuste interpretativo à rumorosa hipótese artigo 11, *caput*, a qual, recorda-se, pressupõe: i) a demonstração de dolo, em atenção à gravidade da lesão a um dos princípios da administração; ii) a integração de tal lesão com outras regras proibitivas do sistema (garantia da legalidade e segurança jurídica); iii) a presença do elemento qualificativo especial do ato de improbidade (má-fé ou recalcitrância em desrespeitar regras claras), não a mera intenção de praticar uma conduta em tese violadora de princípio; iv) a atenção ao caráter de norma de reserva do artigo 11, acima referido.

O exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, também objeto do capítulo 3 (tópico 3.2), teve o condão de confirmar o aspecto problemático e confuso da tipificação do artigo 11, tendo em vista as questões ilustradas neste tópico, por exemplo, a caracterização, por tribunais inferiores e até pela corte superior, de atos de improbidade sem que se considerassem os limites traçados pela melhor literatura jurídica.

No capítulo 4 as críticas e limites já expostos no decorrer do trabalho foram endossados por propostas de aproximação lógica da tutela da improbidade administrativa aos princípios e institutos do direito penal. Iniciou-se com o exame do elemento subjetivo, pois sua análise enfatiza a necessidade de limitar a racionalizar as possibilidades punitivas da lei,

além de constituir prova maior da harmonização entre os sistemas punitivos, defendida neste trabalho. Com efeito, ali se tencionou comprovar a razão de não se cogitar de responsabilidade objetiva na seara da improbidade administrativa. Argumentou-se, outrossim, a respeito da exigência de demonstração do dolo para reconhecer configurado o ato de improbidade por atentado a princípios da Administração Pública, malgrado entendimentos contrários a tal exigência.

Ainda a respeito do elemento anímico do ato de improbidade por lesão a princípios, foram demonstradas as dificuldades de compreensão sobre a espécie de dolo a ser considerada nas diversas hipóteses do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992. Dificuldades que perpassam a feitura demasiadamente aberta dos tipos legais; a confusa redação; a importação incompleta dos conceitos de dolo do direito penal para a improbidade. Sem desconsiderar os problemas apresentados, procurou-se avaliar qual seria, segundo a compreensão da doutrina penal, a modalidade adequada do elemento anímico doloso a ser considerada, concluindo-se, ao final, pela eleição do dolo direto.

Encerram o trabalho propostas de aproximação lógica entre o direito penal e improbidade administrativa. No tópico, evidentemente, não se poderia pretender o exame exaustivo de todos os desdobramentos possíveis na temática, até em razão da ampla bibliografia que a ela se dedica. Portanto, expôs-se a aplicabilidade dos princípios da legalidade e tipicidade, bem como institutos e conceitos correlatos, em doutrinas e julgados que versavam seja diretamente sobre a Lei de Improbidade, seja tratando da aplicação ao chamado direito administrativo sancionador (fato que de modo algum afeta a presente proposta). Falou-se também sobre outros princípios admissíveis: a intervenção mínima, a pessoalidade e individualização da pena.

Por certo, os esforços argumentativos em prol da evolução da Lei n. 8.429/1992 não se esgotam nos estreitos limites deste ensaio. De qualquer modo, à parte do que foi dito, acrescentam-se algumas asserções e propostas à guisa de considerações finais:

1) A prevenção e o combate à corrupção não se esgotam na Lei de Improbidade Administrativa, tampouco a Constituição Federal de 1988 encampou tais ideais ineditamente. O ilícito, a contrariedade ao direito, constitui categoria geral cujas consequências (sanções) para o sistema são plúrimas. Isto é, toda e qualquer conduta contrária a interesse da Administração Pública há de encontrar resposta adequada no ordenamento, que, de modo geral, sempre albergou sanções de múltiplas categorias aos atos, notadamente de corrupção,



que são geralmente gravosas, e ainda o faz, como nas esferas penal, disciplinar administrativa, cível, eleitoral e de responsabilidade política.

2) Cumpre, portanto, direcionar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa àqueles casos graves, preferencialmente de má-fé e com consequências danosas à Administração Pública que sejam tangíveis. O tratamento rigoroso dispensado à tutela dessa lei tem por força restringir seriamente direitos fundamentais (por exemplo, os direitos políticos). Leve-se em conta também os custos implicados em um processo judicial dessa natureza. Logo, é de se reconhecer o caráter de *ultima ratio*, de fragmentariedade, afastando do crivo da lei meras irregularidades e simples ilegalidades, ou mesmo condutas desonestas que não acarretem graves consequências ou que não sejam, por si sós, graves. Dessa forma, não convence quem vê na Lei 8.429/1992 a panaceia para o problema social e cultural.

3) Existe um descompasso entre o sentido atribuído historicamente, por outras leis, à improbidade e o sentido atribuído pela Lei de Improbidade Administrativa, que, ineditamente, passou a não mais exigir a desonestidade e a má-fé propriamente (corrupção), abarcando graves ineficiências. Defende-se que o legislador ordinário tem essa liberdade de conformação para estabelecer delitos de improbidade culposos, como o fez no artigo 10, não sendo inconstitucional a previsão, embora não se veja como a melhor solução para o problema. Porém, há de ser vista com reservas o entendimento de que é cabível a modalidade culposa para os artigos 9º e 11, pois a Lei não abre ensejo a tal entender.

4) No mais, seria inconstitucional, por ofender a legalidade, a segurança jurídica, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, pretender tornar objetiva a responsabilidade da Lei n. 8.429/1992.

5) O ato ímprobo do artigo 11 se perfectibiliza a partir de normas sancionadoras em branco, que sempre demandam integração e complementação por outras regras completivas, e não a partir da simples violação a princípios. Aliás, tirante à excepcionalíssima hipótese do nepotismo, este estudo não identificou de fato alguma causa em que apenas um princípio, e não alguma regra proibitiva, tivesse sido ofendido, aplicando-se o artigo 11;

6) Princípios do Estado de Direito são também princípios que a Administração Pública deve observar. Contudo, não se pode pretender a proteção desses valores superiores via improbidade administrativa, a todo o custo, manufaturando ilícitos, sem que regras proibitivas claras tenham sido desrespeitadas e forçando a interpretação de um mecanismo que não pode ter sido criado para todo tipo de inobservância às normas. Sugere-se, assim, a

reestruturação do artigo 11, para que se defina a serventia do microsistema da improbidade administrativa. Se esse diploma realmente visa evitar a corrupção, o patrimonialismo, os desmandos, e não ilegalidades puras, retire-se a previsão do *caput* e de alguns incisos e purifique-se a natureza da lei. Se realmente se pode exigir o que se chama dolo genérico (mais adequado chamar de eventual), propõe-se uma construção mais clara dos tipos.

7) Recomenda-se, por respeito à individualização da pena e ao princípio da culpabilidade penal, que atos culposos do artigo 10 não importem em outras sanções que não de cunho pecuniário, sob pena de um ato praticado sem dolo seja sancionado mais gravosamente que um ato doloso de violação a princípio da administração. O rigor da Lei permite esse absurdo. Também em face da individualização da pena, corolário da isonomia constitucional, impõe-se aplicar as sanções do artigo 12 com proporcionalidade ao ato efetivamente praticado, inclusive levando em conta a gradação do elemento subjetivo. Desse modo, um ato de improbidade do artigo 11 que seja uma tentativa de obter enriquecimento ilícito há de ser mais severamente combatido que a conduta de retardar deliberadamente a prática de ato de ofício, por exemplo.

8) observando as categorizações penais do dolo (dolo eventual *versus* dolo direto e dolo genérico *versus* dolo específico), deve ser considerado, para fins de enquadramento nas modalidades dos artigos 9º e 11, apenas o dolo direto, ou seja, é ato de improbidade aquele desonesto e de má-fé, guiado por vontade livre, seja de lesar um princípio da administração, seja de auferir vantagem que se sabe indevida, tanto na figura geral do *caput* dos artigos quanto nas hipóteses dos incisos. Inadmita-se o dolo eventual porque este, aproximando-se da culpa, não compreende a vontade de realizar o tipo legal em sua completude, não tendo assim a reprovabilidade social exigida para considerar o ato como de improbidade. De fato, no dolo eventual só se visualiza o ato voluntário que se volta, aparentemente, a uma das condutas dos artigos 9º e 11, mas não aquele elemento especial que lhe dá natureza de ato ímprobo – a desonestidade, a má-fé. Não há, portanto, a qualificação especial do ato de improbidade.

9) A culpa e o dolo eventual parecem inadequados para os artigos 9º e 11, pois o signo atentar requer gravidade. E, à luz do direito penal, uma conduta gerada por culpa jamais poderia ser grave a ponto de ser considerada *atentado*, a menos que se leve em conta tão somente as consequências advindas dessa conduta.

10) O caráter de reserva do artigo 11 com relação aos anteriores influi, no âmbito processual, na questão da prova – casos em que se prova a conduta e o elemento subjetivo,

mas não a vantagem ao agente ou prejuízo ao erário, ou mesmo quando apresenta-se desnecessária essa prova.

11) Inexiste critério objetivo e científico para o legislador categorizar ilícitos, considerando-os de natureza penal, civil ou administrativa. Essa categorização é guiada pelos anseios da sociedade em determinado contexto histórico e cultural, ou por mesmo por mero interesse político dominante, diz Capez. Dessa forma, constata-se que alguns ilícitos eleitos como extra-penais (em tese menos graves que condutas penais) acabam por possuir uma carga intimidatória por vezes até maior que o próprio ilícito penal, existindo, quando não deveria, uma resposta muito mais grave do ordenamento. Além disso, a improbidade administrativa lida com restrição de direitos dos cidadãos perante o Estado. Eis os fundamentos lógicos para a aproximação entre os ramos do direito punitivo (muito particularmente entre o microssistema da Lei de Improbidade Administrativa e o direito penal).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM SILVA, Luiz Antonio. A improbidade administrativa por violação de princípio. *In*: VITORELLI, Edilson (org.). Temas Atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BANDEIRA, Raphael Greco. A moralidade no poder disciplinar sancionador. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, out. 2010 [on-line]. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69771>>. Acesso em: ago. 2016.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder: a institucionalização do Estado. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 23, n. 90, p. 5-34, abr./jun. 1986.
- BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992. 2. Ed. Brasília: ESMPU, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). Improbidad e administrativa questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 27/2011, Jan - Jun / 2011 [on-line]. Disponível em <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/toectomy?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.
- CAPEZ, Fernando. Limites constitucionais à Lei de Improbidade. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- ELIAS, Cristiano. Da primazia da repressão civil à corrupção pública. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 79-106, jan. 2014. [on-line]. Disponível em <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/toectomy?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 51-65, jan./mar. 1996.

\_\_\_\_\_. O princípio jurídico da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 48, fev. 2005 [on-line]. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=6062>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. Responsabilização por Atos de Improbidade. Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, vol. 12, janeiro-março de 1997, p. 50-55.

\_\_\_\_\_. Comentário ao artigo 37, §5º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo jurisprudencial a partir do princípio da insignificância. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012 [on-line]. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78648>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. Revista dos Tribunais, vol. 833/2005, Mar/2005, DTR\2011\2552. [on-line]. Disponível em <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/toectomy?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HARADA, Kiyoshi. Improbidade Administrativa. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 6/2000, p. 102 – 118, Jul - Dez / 2000. DTR\2000\411. [on-line]. Disponível em <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/toectomy?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014 [on-line]. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107638>>. Acesso em: ago. 2016.

\_\_\_\_\_. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010 [on-line]. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67670>>. Acesso em: nov. 2016.

KIM, Richard Pae; PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. RDA –Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 266, mai./ago. 2014 [on-line]. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=139782>>. Acesso em: ago. 2016.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Improbidade administrativa. Revista dos Tribunais, vol. 786/2001, p. 791 - 806, Abr/2001. [on-line]. Disponível em

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?ndd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>.

Acesso em nov. 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 69/2009, Out - Dez / 2009. [on-line]. Disponível em

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?ndd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>.

Acesso em ago-nov. 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do Excessivo Caráter Aberto da Lei de Improbidade Administrativa. Interesse Público - IP. Belo Horizonte, n.29, ano 7, Janeiro/Fevereiro 2005.

[on-line]. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50105>>. Acesso em: ago. 2016.

\_\_\_\_\_. O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 30. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o direito administrativo sancionador. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Fortaleza, nº 1 – jan/jun. 2003.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa - considerações sobre a lei 8.429/92.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 169-184. [on-line]. Disponível em

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?ndd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>.

Acesso em nov. 2016.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33322>>. Acesso em: ago.-nov. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, 190/1, 1992. [on-line]. Disponível em <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43 out./dez. 2013 [on-line]. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98862>>. Acesso em: nov. 2016.

MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, NDJ, ano 15, n. 11, nov. 1999.

NEIVA, Jose Antonio Lisboa. Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo, doutrina, legislação e jurisprudência. 3ª Ed. Niterói: Impetus, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Ato ímprobo - requisitos caracterizadores - distinção contatos sociais ou por mera cortesia. *Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior*, vol. 2/2014, Set/2014, DTR\2014\17288. [on-line]. Disponível em <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Inexistência de ato de improbidade por falta de dolo - teleologia da defesa prévia. *Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Junior*, vol. 2/2014, Set / 2014, DTR\2014\17287. [on-line]. Disponível em <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Breves reflexões sobre a Lei de Improbidade Administrativa à luz dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 85-105, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=91215>>. Acesso em: ago. 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: uma leitura do art. 11 da Lei 8.429/1992 à luz do princípio da segurança jurídica. *Revista dos Tribunais Nordeste*, vol. 2/2013, Nov - Dez / 2013, DTR\2014\434. [on-line]. Disponível em <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&tocguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A tipificação e sancionamento de ilícitos de agentes públicos e terceiros na Lei de Acesso à Informação Pública e na Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte,

ano 3, n. 8, maio/ago. 2014. Disponível em:  
<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=177855>>. Acesso em: nov. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. Revista dos Tribunais, vol. 766/1999, p. 88-99, Ago / 1999. [on-line]. Disponível em  
<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Conceito de improbidade administrativa. JUS, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80203>>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/1992. 2ª ed. Porto Alegre, Síntese, 1998.

\_\_\_\_\_. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. Debates em Direito Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 8, out. 2009. [on-line]. Disponível em  
<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Observações sobre improbidade dos agentes públicos à luz da lei 8.429/92. Revista dos Tribunais, vol. 740, p. 96, Jun / 1997, DTR\1997\243. [on-line]. Disponível em  
<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo, Ed. RT, 2007.

PIO, Nuno R. Coelho. A tipificação do descumprimento do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 173-202, maio/ago. 2016.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RESENDE, Augusto César Leite de; FREITAS, Vladimir Passos de. Improbidade administrativa cultural. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 12, n. 71, set./out. 2013. Disponível em:  
<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97582>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

SANTOS, Eduardo Sens. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 51/2005, p. 229 – 260, Abr - Jun / 2005 [on-line]. Disponível em  
<<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

SANTOS, Raphael Otávio Bueno. O elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Doutrina e jurisprudência. Boletim científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília-DF, Ano 8, Números 30/31, janeiro/dezembro 2009.



SCARPONI, Rita Maria. Direito administrativo sancionador: princípio da responsabilidade subjetiva e correlatos. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 30, p. 334, Out/2005, DTR\2005\639 [on-line]. Disponível em <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Editora Malheiros, 2005.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Improbidade administrativa e política. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 26/2010, p. 219 – 240, Jul - Dez / 2010, DTR\2010\703. [on-line]. Disponível em <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em ago. 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias, MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. Revista dos Tribunais: RT, v. 103, n. 947, set. 2014, DTR\2014\9956. [on-line]. Disponível em <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=2&toctguid=brdoct&stnew=true>>. Acesso em nov. 2016.

VAN DER BROOK, Alexandre Moreira. A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da Lei nº 8.429/1991. Revista da AJURIS, v. 39, n. 129, Março/2013, Doutrina Nacional. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/306/241>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico. 1º ed. 2º tir. Curitiba: Juruá, 2005

ZAMBROTA, Luciano. Da lei de improbidade administrativa: observações e conjecturas sistemáticas após dez anos de vigência. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p.147-178, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30024>>. Acesso em: ago. 2016.

## **JURISPRUDÊNCIA E LEIS CONSULTADAS**

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.240/1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm)> Acesso em 18 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 201/1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm)>. Acesso em 18 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 359/1968. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0359.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0359.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 1.079/1950. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3164.htm)> . Acesso em 18 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3502.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm)> . Acesso em 18 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4898/1965. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm)>. Acesso em ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429/1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)>. Acesso em ago.-nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.813/2011. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.813/2013. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm)>. Acesso em  
nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses – Improbidade Administrativa  
I. Edição n. 38, Brasília, 5 de agosto de 2015. Disponível em  
<[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf)>. Acesso em  
nov. 2016. (2015a).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses – Improbidade Administrativa  
II. Edição n. 40, Brasília, 2 de setembro de 2015. Disponível em  
<[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%Eancia%20em%20teses%2040%20-%20Improbidade%20Administrativa%20II.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%Eancia%20em%20teses%2040%20-%20Improbidade%20Administrativa%20II.pdf)>. Acesso em  
nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança n. 13.092/PI, rel.  
Min. Felix Fischer, j. em 14/5/2002, DJ em 3/6/2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência em Recurso Especial n.  
479.812/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25/08/2010. DJe em 27/09/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em  
16/03/2004, DJ em 24/05/2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 650.674/MG, rel. Min. Castro Meira. Julgado  
em 6/6/2006. DJ em 23/10/2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 488.842/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha,  
rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, julgado em 17/04/2008, DJe em 05/12/2008 (2008a).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp 940629/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em  
16/08/2008, DJe em 04/09/2008 (2008b).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, MS n. 12.176/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis  
Moura, j. em 27/10/2010, DJe em 8/11/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AGRG no AREsp. n. 163.308/SP, rel. Min. Humberto  
Martins, j. em . 21/8/2012, DJe em 28/8/2012 (2012a)

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, MS n. 16.385/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.  
em 13/06/2012, DJe em 26/06/2012 (2012b)

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1279559/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. em  
15/10/2013, DJe em 04/12/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.091.420/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, j. em  
23/10/2014, DJe em 05/11/2014 (2014a).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 470565/PA, rel. p/ ac. Min. Herman Benjamin, j. em 10/03/2015, DJe em 16/11/2015 (2015b).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.177.910/SE, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 26/8/2015, DJe em 17/02/2016 (2015c).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.454.640/ES, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 15/10/2015, DJe em 5/11/2015 (2015d).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 484423 / MS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 1/12/2015, DJe em 14/12/2015 (2015e).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1535600/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 3/9/2015, DJe em 17/9/2015 (2015f).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1536895/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 10/12/2015, DJe em 08/03/2016 (2016a).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 1539929/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 16/06/2016, DJe em 02/08/2016 (2016b).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1512085/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 2/8/2016, DJe em 10/10/2016 (2016c).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADIN n. 2.182/DF, rel. p/ ac. Min. Carmem Lúcia, Pleno, j. em 12/05/2010, DJe em 10/09/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.295/DF. rel. Min. Marco Aurelio. Proposta em 10/09/2009. Petição inicial e andamento disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=418924&tipo=TP&descricao=ADI%2F4295>>. Acesso em nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, MS n. 17.481, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14/4/1994, DJ em 10/6/1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE n. 206.8896, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25/3/1997, DJ em 13/6/1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE n. 199.088/CE, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 1º/10/1996, DJ em 16/4/1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE n. 484.174/SP, rel.: Min. Rosa Weber, j. em 21/10/2014, DJe em 7/11/2014 (2014b).

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, EI n. 70000477471, rel. Des. Arno Werlang, j. em 17/3/2000, DJ em 17/03/2010.